

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR**

**AMÁBILE CRISTINA PETRIS NUNES**

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:**  
**A Proporcionalidade e a Razoabilidade como Limites à Discricionariedade**  
**Administrativa**

**Florianópolis(SC)**  
**2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC**

**AMÁBILE CRISTINA PETRIS NUNES**

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:**

**A Proporcionalidade e a Razoabilidade como Limites à Discricionariedade  
Administrativa**

Trabalho de Conclusão do Curso de  
Graduação da Universidade Federal de  
Santa Catarina, como requisito à obtenção  
do grau de Bacharel em Direito.

**ORIENTADOR: PROF. DR. LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI**

**Florianópolis (SC)**

**2014**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Petris Nunes, Amábile Cristina

O controle judicial dos atos administrativos : a  
proporcionalidade e a razoabilidade como limites à  
discricionariedade administrativa / Amábile Cristina Petris  
Nunes ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori -  
Florianópolis, SC, 2014.

91 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas. Graduação em Direito.

Inclui referências

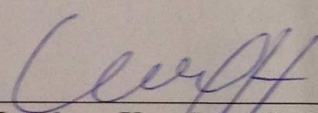
1. Direito. 2. Controle judicial. 3. Atos  
administrativos. 4. Proporcionalidade e razoabilidade. I.  
Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

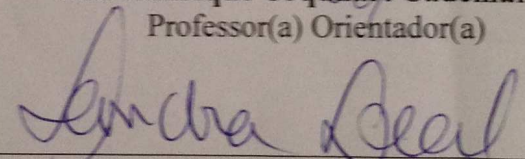
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

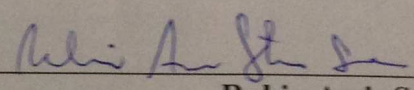
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "O controle judicial dos atos administrativos: a proporcionalidade e a razoabilidade como limites à discricionariedade administrativa", elaborado pelo(a) acadêmico(a) Amábilé Cristina Petris Nunes, defendido em 10/12/2014 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 10 de Dezembro de 2014

  
\_\_\_\_\_  
Luiz Henrique Urquhart Cademartori  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
Sandra Regina Leal  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
Rubin Assis Souza  
Membro de Banca

*À minha Mãe, pelo amor incondicional  
À meu pai, por me fazer descobrir minha paixão pelo Direito  
À meu irmão, pelo apoio em todos os momentos*

## **AGRADECIMENTOS**

Hoje, vivo uma realidade que parece um sonho, mas foi preciso muito esforço, determinação, paciência e perseverança para chegar até aqui. Eu jamais conseguiria tudo isso sozinha. Minha eterna gratidão a todos aqueles que colaboraram para que este sonho pudesse ser concretizado.

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus pelo dom da vida, pelo seu amor infinito, sem Ele nada sou. Agradeço aos meus pais, Telmo e Ilze, que não pouparam esforços para eu estar aqui hoje.

Obrigada pai por ter sido o exemplo de profissional que eu quero um dia sonho em ser, seu amor pelo Direito me inspirou a seguir esse caminho e eu estou muito honrada em estar me tornando sua colega de profissão. Sem seus sacrifícios, sua orientação e dedicação eu jamais teria conseguido.

Mãe, obrigada por todos os momentos dedicados a mim, pelas palavras, pelos conselhos e pelo amor que nunca me faltou. Obrigada por estar ao meu lado quando mais precisei.

Agradeço ao meu irmão, Thiago, obrigada por sua ajuda constante, seus conselhos e sua amizade. Não posso imaginar minha vida sem você ao meu lado, obrigada por tudo, irmão.

Agradeço também a todos os meus amigos pelo apoio e cumplicidade, seja de perto ou de longe, vocês sempre foram e sempre serão fundamentais na minha vida. Agradeço especialmente a minhas amigas de infância, nossa relação já transcendeu a amizade, somos uma família, obrigada por crescerem e amadurecerem comigo, minhas amigas-irmãs.

Por fim, agradeço a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, vocês foram fundamentais na minha vida acadêmica e profissional. Obrigada por me levarem à dúvida e à busca de novos conhecimentos. Agradeço-os imensamente pela contribuição de cada um na minha formação.

## **RESUMO**

O presente estudo tem como pretensão analisar o controle judicial dos atos administrativos sob à luz do princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade utilizando-se para isso o método dedutivo. Para a realização de tal escopo, traça-se, inicialmente, uma retrospectiva histórica, com o fim de investigar as bases evolutivas do controle judicial no direito administrativo ocidental. Segue-se à análise do ato administrativo discricionário, explicitando, primeiramente o conceito do ato administrativo e seus pressupostos e elementos, seguido de uma análise profunda sobre a discricionariedade administrativa, seu conceito e suas peculiaridades. No terceiro capítulo faz-se um exame do princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade, no qual é apresentado o conceito, pressupostos e características de cada uma dessas normas, assim como sua fundamentação no sistema normativo brasileiro. Por fim, o último capítulo encerra com o controle judicial propriamente dito, expondo as teorias mais importantes para o direito administrativo, e apresentado a proposta do controle judicial através do princípio da razoabilidade e da regra da proporcionalidade, os quais se apresentam como limites à discricionariedade administrativa, ou seja, no uso de suas atribuições o administrador público deverá sempre observá-los para traçar a sua margem de atuação, assim como o juiz deve fazê-lo se deparar um ato supostamente discricionário.

Palavras-chave: Controle judicial. Ato administrativo. Discricionariedade. Princípio da razoabilidade. Regra da proporcionalidade.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1</b>	<b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA RIGIDEZ AUTORITÁRIA À FLEXIBILIDADE DEMOCRÁTICA</b> .....	11
1.1	PRECEDENTES DO ESTADO DE DIREITO.....	11
1.2	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO.....	13
1.2.1	<b>O Estado de Direito Liberal</b> .....	13
1.2.2	<b>Estado de Direito Social</b> .....	16
1.2.3	<b>Estado Democrático de Direito: a realidade atual</b> .....	19
<b>2</b>	<b>ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS</b> .....	27
2.1	ATO ADMINISTRATIVO.....	27
2.1.1	<b>Conceito</b> .....	27
2.1.2	<b>Elementos e Atributos do Ato Administrativo</b> .....	27
2.2	DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	31
2.2.1	<b>Discricionariedade e Vinculação</b> .....	33
2.2.2	<b>Justificação da Discricionariedade</b> .....	36
2.2.3	<b>Discricionariedade técnica</b> .....	38
2.3	MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVA.....	41
<b>3</b>	<b>O PROPORCIONAL E O RAZOÁVEL</b> .....	43
3.1	A REGRA DA PROPORCIONALIDADE.....	43
3.1.1	<b>Conceito</b> .....	43
3.1.2	<b>Questão Terminológica e Natureza Jurídica da Regra da Proporcionalidade</b> .....	44
3.1.3	<b>Evolução da Regra da Proporcionalidade</b> .....	46
3.1.4	<b>A Proporcionalidade no Direito Brasileiro</b> .....	47
3.1.5	<b>O Critério da Adequação</b> .....	49
3.1.6	<b>O Critério da Necessidade</b> .....	50
3.1.7	<b>O Critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito</b> .....	51
3.2	O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.....	54
3.2.1	<b>Conceito</b> .....	54
3.2.2	<b>A Razoabilidade no Direito Brasileiro</b> .....	56
3.2.3	<b>Evolução do Princípio da Razoabilidade</b> .....	58
<b>4</b>	<b>O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	62



4.1	FUNDAMENTAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL: O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	62
4.2	CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVO.....	64
4.2.1	<b>Teoria do Desvio de Poder.....</b>	<b>66</b>
4.2.2	<b>Teoria dos Motivos Determinantes.....</b>	<b>68</b>
4.2.3	<b>O Controle Principiológico e os Conceitos Jurídicos Indeterminados.....</b>	<b>71</b>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>82</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>86</b>

## INTRODUÇÃO

A partir da Constituição de 1988 a sociedade brasileira começou a passar por diversas mudanças. Com o consciência sobre seus direitos, os brasileiros procuraram de todas as formas a concretização desses direitos assegurados constitucionalmente, sendo a forma mais comum a judicialização de suas demandas.

Convivemos em um tempo onde cada vez mais se busca uma solução judicial dos conflitos, tanto entre particulares, como estes com a Administração Pública. Mas, nem sempre esta possibilidade esteve ao alcance de todos.

Para que atingíssemos esse estágio foi necessária que existisse a Revolução Francesa, marco importantíssimo para o direito administrativo. Nesta revolução surgem as prerrogativas de poder, em torno das quais, formulou-se posteriormente a teoria do direito administrativo.

Assim como foi necessária a existência da Revolução Industrial para a conscientização dos governos da situação precária de seus administrados, os quais se insurgiram contra o Estado de Direito clássico, transformando a forma com que a Administração se relaciona com seus administrados.

A discricionariedade administrativa é, por sua vez, o limite do controle judicial sobre a Administração, o mérito é insidiável, ou seja, não pode ser trocado por uma decisão judicial, sendo atribuição exclusiva do administrador. Contudo, como se verá, o estabelecimento dos contornos para a atuação administrativa poderá ser judicializada, e é isso o que gera mais polêmicas na doutrina sobre o assunto.

Dentre as formas de limitar a discricionariedade, e a que será mais trabalhada nesse estudo é a sua limitação através do princípio da razoabilidade e da regra da proporcionalidade, que por possuírem respaldo constitucional, devem, portanto, serem respeitados pelo administrador no exercício de seu cargo.

Logo, far-se-á um aprofundamento de como essas normas se formarem, seus conceitos, sua fundamentação normativa, assim como cada uma de seus atributos que serão indispensáveis durante a análise da validade do ato administrativo.

Outras formas de limitar a discricionariedade que também serão abordadas são a teoria do desvio de poder, que consiste em verificar se os fins do ato são legítimos e legais, e a teoria dos motivos determinantes, que trata-se da análise dos motivos reais que levaram à edição do ato, e se tal motivo é legalmente aceito pelo nosso ordenamento.

Por fim, encerra-se com a análise do controle judicial dos atos administrativos pelo princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade, trazendo alguns julgados que decidiram tanto pela validade, quanto pela anulação de atos administrativos através do exame de tais normas.

# **1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA RIGIDEZ AUTORITÁRIA À FLEXIBILIDADE DEMOCRÁTICA**

## **1.1 PRECEDENTES DO ESTADO DE DIREITO**

O controle judicial da Administração Pública foi uma vitória alcançada pelo Estado de Direito que estabeleceu novas formas de conduta para as autoridades administrativas que deverão ser comportar conforme as normas estabelecidas na Constituição. Abaixo demonstrar-se-á como ocorreu essa evolução.

O direito administrativo, conforme ensina Gustavo Binebojm (2008, p. 11), teve origem anterior à Revolução Francesa, neste sentido assevera:

O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo Conseil d'État, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. [...] a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.

A origem embrionária do direito administrativo remonta ao período denominado de supremacia do príncipe, que inicia na Idade Média até o começo do século XIX. A supremacia era exercida com base no poder pessoal da figura do príncipe, não há aqui ainda a ideia de Estado.

No começo do século XVII, parte da Europa abandona essa política de governo e começa a adotar o Estado de Polícia, no qual ainda prevalece o absolutismo, mas o príncipe é visto como representante do poder estatal.

As monarquias absolutas dessa época se fundavam em dois preceitos fundamentais: soberania e polícia. A soberania era personalizada na figura do príncipe soberano, e ele possuía o poder de polícia ilimitado supostamente com o objetivo de desenvolver, engrandecer e promover o progresso de seu país. No entanto, nem sempre o príncipe agia com esse escopo, tornando a população refém de seus anseios pessoais, sem qualquer defesa judicial para se opor a eles.

Para se contrapor a essa situação, surgem restrições ao poder do soberano. Podemos citar entre eles o julgamento divino, a consciência do próprio príncipe e a consideração do que seria útil e factível ao Estado, contudo, como se pode ver, tais limitadores ainda permanecem muito vagos e precários.

O maior avanço nesse sentido foi a formulação da teoria do fisco, explicada no excerto de Maria Sylvia Di Pietro (2012b, p. 6):

Para combater esse poder absoluto do príncipe, elaborou-se, em especial por doutrinadores alemães, **a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado**, diversa a personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. **O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais**; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais. (grifou-se)

Indo ao encontro dessa teoria, houve uma limitação do poder estatal, pois os tribunais passaram a reconhecer direitos ao indivíduo contra o fisco, fundando-se em teorias do direito privado.

Apesar do avanço, a Administração Pública *per si* ainda continuava sem qualquer controle, visto que permanecia legalmente incondicionada. O direito público se estabelecia num único preceito jurídico: o direito ilimitado para administrar. O ato administrativo era totalmente arbitrário, não havia qualquer limitação legal, a não ser a palavra do príncipe. Além disso, o ato que emanava da autoridade se equivalia às leis, não havendo qualquer hierarquia entre as normas.

Importante esclarecer que o príncipe também exercia o poder judicial, atraindo para si todas as causas nas quais tinha interesse, exercendo um controle profundo na atuação dos juízes.

Nessa linha, Di Pietro (2012b, p. 12) relembra o reinado do monarca francês Luís XV, no século XVIII. Nessa época, por disputas internas entre o Judiciário e a monarquia, dividiu-se a jurisdição, criando órgãos especiais independentes dos Tribunais e ligados ao Rei. Os primeiros ficaram responsáveis pela atuação nas questões administrativas, enquanto que os outros aplicavam o direito privado para decidir as questões entre os particulares.

A autora continua narrando que nesses novos órgãos começaram a se consolidar entendimentos, os quais resultaram em um conjunto de normas especiais

que estabeleceram direitos e prerrogativas exclusivas à Administração Pública. Sendo grande parte dessas decisões, com natureza extremamente autoritária, visto que esses órgãos eram comandados pelo Rei que colocava a Administração em posição de supremacia diante do particular.

Esse período, conforme relata Di Pietro (2012b, p.13), é conhecido no direito administrativo como *justice retenue*, pois as decisões desses órgãos eram unicamente consultivos, não possuindo força vinculante sem a outorga do monarca.

Ao fim do século XVIII, inicia-se o período de transição ao Estado de Direito, aqui surge uma resistência ao poder absoluto, com o repúdio da opinião pública ao intervencionismo exacerbado do príncipe e a falta de controle sobre a Administração.

As mudanças começam com diminuição do poder do príncipe, suas ordens passam a ter capacidade de vincular tão somente os funcionários estatais, os juízes tornam-se independentes e julgam somente com base na lei que se afasta da norma de polícia. Nessa conjuntura, passou-se a difundir o repúdio ao regime absolutista que tinha como fonte do Direito a personificação do rei, disseminando a ideia de que a fonte primordial do Direito seria a comunidade. (MOREIRA, 2005, p. 121)

## 1.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO

### 1.2.1 O Estado de Direito Liberal

O Estado de Direito, como relata João Batista Gomes Moreira (2005, p. 122), surge tipicamente liberal com o escopo de limitar os atos estatais através da lei, objetivando a garantia das liberdades individuais e o atrelamento do governante e da Administração Pública em geral à legislação.

As bases desse sistema jurídico são os princípios da legalidade, da igualdade e da separação de poderes. O Estado não pode mais agir arbitrariamente, mas somente no âmbito de sua competência definida em lei, zelando basicamente pela tranquilidade e segurança da população e da propriedade.

Nesse sentido, Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 80) sustentam que o Estado:

[...]deveria velar pela segurança das pessoas e proteger a propriedade, mas não lhe competia intervir nas relações travadas no âmbito social, nas quais se supunha que indivíduos formalmente iguais perseguiriam os seus interesses privados, celebrando negócios jurídicos.

O poder estatal era limitado pelo que passou a ser conhecido como direito natural. Sinteticamente pode-se conceituar o direito natural, como um direito preexistente à sua declaração solene, inerente à natureza do homem, sendo descoberto pela razão do próprio homem. (MOREIRA, 2005, p. 124)

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789) positivou em seu artigo 2º quais seriam esses direitos naturais: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

Outra base ao Estado de Direito foi o princípio da separação dos poderes, teorizada por Montesquieu. Assim, o Executivo, seja ele o rei, presidente ou primeiro ministro, não poderia mais editar leis gerais, pois estaria extrapolando atribuição exclusiva do Poder Legislativo, representado pelo Parlamento que passou a ser considerado a voz da vontade popular.

O Executivo só pode, a partir de então, expedir atos previamente previstos em lei. Limitando novamente a atuação do Estado, que não poderia mais a seu bel-prazer restringir direitos individuais sem prévia determinação legal.

Outra vez, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi fundamental para a positivação desse direito, expressando em seu artigo 5º<sup>1</sup> em conjunto com o artigo 7º<sup>2</sup>, o princípio da legalidade.

---

<sup>1</sup> “Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.” (FRANÇA, 1789)

<sup>2</sup> Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. (FRANÇA, 1789)

Relevante também lembrar que o conceito de legalidade para a Administração nesse momento é diverso do entendimento atual. A doutrina da vinculação negativa da Administração Pública garantia que a Administração Pública poderia atuar tudo que a lei autorizar, mas também no que ela não proibisse. Contudo, sempre tomava-se cuidado para não extrapolar os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados. (MOREIRA, 2005, p. 128)

Com a instituição do Estado de Direito pela primeira vez há um real controle judicial sobre a atividade administrativa. Motivado pelo princípio da judicialidade, o juiz passou a atuar independente do Executivo, ampliando-se sua competência para decidir todas as formas de litígios, desde as lides entre particulares estendendo-se as lides entre o particular e o Estado.

O âmbito do direito administrativo, por sua vez, restou bastante reduzido, restringindo-se à atividades essenciais, como de defesa externa, segurança interna e justiça. O poder de polícia, antes praticamente ilimitado, foi restringido, pois sendo a base do sistema a garantia dos direitos e garantias individuais, o poder de polícia era visto como uma ameaça a estes, devendo ser exercido em situações excepcionais somente para manter a ordem pública. (DI PIETRO, 2012b, p. 20)

Na França, os órgãos do contencioso administrativo constituídos para decidir questões administrativas se mantiveram e, ainda, ganharam autonomia e independência. Sendo assim, desvinculados do Executivo, passaram a respeitar as garantias e direitos individuais estabelecidas na Constituição. Reconhece-se aqui a passagem da fase da *justice retenue* para a fase da *justice déléguée*, onde as decisões dos órgãos tinham caráter definitivo e não somente consultivo. (DI PIETRO, 2012b, p.13)

Outra referência para o direito administrativo francês é o Caso Blanco de 1872, o qual assinalou definitivamente a autonomia do direito administrativo em relação ao direito privado<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> O período áureo do direito administrativo francês inicia-se em 1872, e em 8 de fevereiro de 1873 ficou-se decidido no Caso Blanco o seguinte “que a responsabilidade, que pode incumbir ao Estado, pelos prejuízos causados aos particulares por pessoas que ele emprega no serviço público, não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos no código civil para as relações entre particulares; que esta responsabilidade não é nem geral, nem absoluta; que ela tem regras especiais que variam segundo as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados”(LONG, M.;WEIL, P.; BRAINAMT, In: MOREIRA, João Batista Gomes, 2005. p. 125.)



É também nessa época que foi editado a *Loi du 28 pluviôse an VIII*, a chamada Constituição Administrativa Napoleônica e considerada marco de nascimento do direito administrativo.

Tal lei tinha como objetivo acabar com a desordem política e administrativa ocasionada pela Revolução Francesa. Para isso, teve como base a hierarquia e a centralização, concentrando o poder e implantando uma nova ordem social. (DI PIETRO, 2012b, p. 12)

Apesar dos avanços no âmbito dos direitos individuais, José Afonso da Silva (2011, p. 113) recorda que a concepção liberal do Estado de Direito apesar de servir como apoio aos direitos do homem, sendo fundamental para a conversão dos súditos em cidadãos livres, as premissas do Estado Liberal tornava tudo isso inócuo no momento em que não se promovia a justiça social.

Diante do histórico de constantes ingerências nas garantias individuais dos cidadãos durante o período do absolutismo, o Estado Liberal firmou-se na ideia de não intervenção em qualquer aspecto da vida privada de sua população. Conforme veremos, isso ocasionou grandes desigualdades sociais e a consequente miséria de parte substancial da sociedade.

Sendo assim, apesar de todas as mudanças na sociedade, muita coisa permaneceu a mesma no Estado Liberal. Transferindo-se, apenas, para novas instituições a cultura autoritária do absolutismo, adaptando seus princípios para priorizar os interesses da burguesia.

### **1.2.2 Estado de Direito Social**

O modelo de governo liberal funcionou relativamente bem até a Revolução Industrial na segunda metade do século XIX. Nas classes mais abastadas a acentuação da concentração do capital levou ao surgimento das grandes empresas e monopólios em detrimento da livre concorrência, prejudicando as pequenas empresas que acabaram por fechar as portas.

Enquanto isso, nas classes mais baixas surgiu o proletariado, trabalhadores que além de viverem e trabalharem em condições sub-humanas, conviviam com o constante risco de ser substituído pelas máquinas.

Conforme relata Gomes Moreira (2005, p. 131), nesta evolução histórica o poder público não poderia mais atuar de forma liberal e negativa, pois os indivíduos cobravam uma política mais social do Estado. Inspirados pela doutrina da Igreja e pelo neoliberalismo, o Estado tornou-se mais ativo com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e econômicas.

O autor continua, relatando o surgimento nesse momento da primeira noção do Estado Social, que mais tarde seria o grande responsável pela prestação de serviços públicos necessários para combater as mazelas da Segunda Guerra Mundial.

A missão do Estado passou a ser a promoção da igualdade, em detrimento das liberdades individuais, através da intervenção da ordem econômica com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento e assistência aos menos favorecidos. Com isso surgiu um dos princípios basilares do direito administrativo: a supremacia do interesse público sobre o privado. João Batista Gomes Moreira (2005, p. 132) comenta sobre o assunto:

Nas instituições políticas, as medidas para fazer frente aos novos desafios resultaram no fortalecimento, facilmente justificável, do Poder Executivo, em detrimento das demais funções estatais e das garantias individuais e sociais. Em caráter específico justificam-se a ampliação de sua discricionariedade, a criação de inúmeras entidades dedicadas à realização de serviços públicos e atividades econômicas, a intervenção na propriedade, o dirigismo contratual e a expansão do poder de polícia.

Sob o ponto de vista jurídico, o positivismo jurídico, sem qualquer conteúdo axiológico se sucedeu o direito natural. Tendo seu maior expoente Hans Kelsen (1934) e sua teoria pura do direito, defendendo que lei e direito se confundem.

Nessa linha, afirmava que se a lei preenchesse seus requisitos formais, ou seja, se a norma era emanada por autoridade competente no âmbito do Estado, ela era plenamente válida e deveria ser cumprida, mesmo se seu conteúdo fosse considerado pelo senso comum como injusto.

Sob o ponto de vista político, as duas principais tendências do Estado Social foram a preocupação com o bem comum, chamada de socialização, assim como o

fortalecimento do Poder Executivo. Essa segunda propensão do Estado Social merece atenção ao nosso estudo.

João Batista Gomes Moreira (2005, p. 134) lembra que o elevado volume de atribuições do Estado foram concentradas especialmente no Executivo que ficou responsável por concretizar os anseios por uma sociedade mais igualitária. Por conseguinte, era necessário tomar ações mais rápidas e aguardar o lento tramite de uma nova lei não era mais uma opção.

Assim sendo, foram realizadas mudanças na legislação para conceder ao Poder Executivo, em especial ao Chefe do Executivo, o poder normativo expresso em leis delegadas, decretos-lei e regulamentos autônomos. Além disso também concedeu-se ao Chefe do Executivo a iniciativa exclusiva de grande parte das leis referentes à Administração Pública, conforme relata Moreira.

Por consequência do aumento da atividade estatal, o direito administrativo ganhou mais espaço, criando princípios e institutos que se impuseram sobre o individualismo jurídico. Nesse sentido Di Pietro (2012b, p. 20) traz alguns exemplos:

o reconhecimento de privilégios para a administração pública opõe-se ao ideal de igualdade de todos perante a lei; a criação, pelo Estado, de entidades públicas ou privadas, com personalidade jurídica própria, coloca intermediários entre o Estado e os indivíduos; a atribuição de uma função social à propriedade privada derroga o caráter absoluto com que esse instituto era visto no direito civil do século XVIII; a imposição de normas de ordem pública para reger as relações contratuais afeta o princípio da autonomia da vontade; a aplicação da cláusula rebus sic stantibus atinge o princípio da força obrigatória dos contratos.

Apesar de tal modelo de Estado trazer benefícios ao cidadão, houve diversos aspectos negativos principalmente por consequência do aumento de atribuições do Executivo. Di Pietro (2012b, p. 19) cita entre outras a perda de importância do Legislativo em favor do Executivo e a perda de prestígio da lei que pode ser alterada por meio de normas emanadas do Executivo, o que gera instabilidade e desconfiança. Por fim, a autora ainda faz referência ao princípio do controle judicial, como segue:

O próprio princípio do controle judicial, sem o qual o Estado de Direito não sobrevive, perde sua força, na medida em que o Judiciário examina as leis também apenas sob o aspecto formal, sem qualquer preocupação com seu conteúdo, desvinculado que está dos princípios de direito natural que estavam presentes nas origens do Estado de Direito. (DI PIETRO, 2012b, p. 20)

Como vimos, o princípio da legalidade, basilar para o Estado de Direito, apesar de respeitado, perdeu seu espaço para atuação, pois não havia mais modos de controlar o Executivo através do Judiciário.

É válido trazer a esse estudo um trecho do livro de Forshoff (apud DI PIETRO, 2012b, p. 31) no qual relata os perigos de um Estado demasiadamente social.

**Um Estado que se aproveite das necessidades de seus súditos para aumentar seu poder de dominação é, na realidade, um Estado Total.** As funções do Estado social são funções de serviço. Estas se ordenam à consecução de uma existência digna para cada cidadão; desde o momento em que se transformam em instrumento de poder, deixam de merecer esse qualificativo social. Função social e dominação se excluem reciprocamente.

No trecho, o autor expressa suas ressalvas quanto à motivação dos agentes estatais na promoção de políticas sociais. O Estado Social visto sob essa ótica perde grande parte dos elementos típicos do Estado de Direito, transformando em instrumento de controle os programas sociais.

### **1.2.3 Estado Democrático de Direito: a realidade atual**

Como foi demonstrado anteriormente, nem o Estado Liberal, nem o Estado Social conseguiram promover a pacificação social, por isso hoje adota-se o chamado Estado Democrático de Direito, que abrange dois aspectos: participação popular e justiça material. Nas palavras de José Afonso da Silva (2011, p. 117) esse novo modelo de Estado:

**[...] se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública,** participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio de evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Tal modelo surgiu no pós guerra, após um período marcado pelo formalismo exagerado e pelo autoritarismo dos regimes fascistas e nazistas. Havia uma busca por um aprimoramento do Direito às causas sociais, mas ao mesmo tempo uma retomada de valores considerados supremos e que transcendem o Estado. É isso que nos ensina J. B. G. Moreira (2005, p. 137):

Após um período de influência das teorias formalistas, que excluíam do Direito qualquer consideração de caráter axiológico, assiste-se ao **renascer de preocupação, também dos juristas, com a redução das desigualdades sociais a padrão aceitável, começando por oferecer a todas as pessoas o *mínimo existencial***. Às premissas da liberdade somam-se as conquistas da igualdade. Não se pretende igualdade total, mas redução das desigualdades materiais a um limite de equilíbrio em que não sejam desestimulados o progresso, o trabalho e a criatividade. A pretensão é de uma igualdade relativa, proporcional ou geométrica, de modo a tornar a sociedade um *cosmos*. Anseia-se temperar a *hybris*, que tem norteado, no capitalismo, a busca descomedida da riqueza e do lucro, com o ideal da *sophorosyne*, que significa a proporção, justa, medida (*mesoi*) entre a opulência e a indigência.

A primeira Constituição a adotar esse modelo foi a alemã, concebida no pós guerra e promulgada em 1949. Pode-se extrair de sua introdução seus quatro princípios básicos que determinam a forma do Estado: a democracia, o Estado de Direito, o Estado Social e o Estado Federativo. Os três primeiros pilares da República Alemã também podem ser considerados basilares ao Estado Democrático de Direito. (DI PIETRO, 2012b, p. 27)

A Constituição Brasileira por sua vez também segue essa tendência, e em seu art. 1º preconiza os mesmos princípios da Carta Magna alemã, com a seguinte redação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Primeiramente, em relação à democracia, o *caput* do art. 1º profere que “a República [...] constitui-se em Estado Democrático” e o parágrafo único reafirma tal princípio ao estabelecer que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Além disso, vários outros dispositivos<sup>4</sup> ao longo da Constituição reforçam os meios para atingir uma democracia plena.

---

<sup>4</sup> Citam-se entre eles, o artigo 5º XLIV, que tipifica como crime inafiançável o atentado contra o Estado Democrático; o artigo 23, I, que afirma ser competência comum da União, dos Estados e

O Estado de Direito está intimamente ligado ao princípio da legalidade como já visto, e por isso um Estado de Direito é aquele no qual toda atividade estatal está subordinada à lei. Como lembra José Afonso da Silva (2011, p. 112) o Estado Democrático de Direito herdou do Estado Liberal algumas características básicas:

[...](a) submissão ao império da lei, que era a nota primaria de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciados e garantias dos direitos individuais.

O Estado Social na nossa Constituição se baseia na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa expressos no art. 1º, incisos III e IV, bem como no Título VIII, inteiramente dedicado à ordem social.

Em relação ao Estado Federativo, nas palavras de Di Pietro (2012b, p.28), ele é “reafirmado pelos dispositivos que distribuem as competências, com certa margem de autonomia, entre União, Estados e Municípios, e pela preocupação de respeitar o regionalismo, contido no artigo 3º, inciso III, e artigo 170, inciso VII”<sup>5</sup>.

Nesse novo modelo de Estado a democracia formal e substancial se aliou à justiça social, com ampla e permanente participação política. Há uma colaboração entre a Administração Pública e o Parlamento.

O modelo constitucional de bem-estar (de concretização dos direitos fundamentais) é tarefa mais da Administração Pública do que do legislador. Por isso, é duvidosa a possibilidade de anular a proeminência do Poder Executivo, que requer, entretanto, seja temperada pelo regime parlamentarista, que é o mais flexível e democrático sistema de governo que o Estado moderno conheceu, e que permite, sobretudo, a humanização política do velho liberalismo, sua superação efetiva e notadamente suas transformações. (MOREIRA, 2005, p. 140)

---

Municípios a proteção das instituições democráticas; e o artigo 34, VII, alínea “a” que autoriza a intervenção federal para assegurar a observância do regime democrático.

<sup>5</sup> É válido transcrever tais artigos para ilustrar como a Constituição promove a proteção ao Estado Federativo. O artigo 3º, III dispõe o seguinte: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:[...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Já o artigo 170, inciso VII possui esta redação: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]VII - redução das desigualdades regionais e sociais”.

Após uma época com o Estado máximo, e anteriormente um Estado mínimo, surgiu uma demanda por um “Estado de bom tamanho”, no qual o Estado concentra seus esforços somente nas funções essenciais para a sociedade, deixando para o setor privado a responsabilidade pelas atividades mais subsidiárias.

As novas constituições impuseram ao Estado uma ação positiva, conforme relembra Gomes Moreira (2005, p. 140), devendo prover entre outras atividades, a educação, a saúde, o trabalho e a previdência social. Contudo, para não reduzir a discricionariedade necessária para promover tais funções, mas ao mesmo tempo impedir a arbitrariedade que ocorria no Estado Social, adotaram-se medidas para controle do Executivo.

O autor continua, afirmando que para alcançar tais objetivos, a Constituição deverá conter limites para a ação política e administrativa, as Cortes Constitucionais se desvincularem ao Executivo para poderem atuar independentes e imparcialmente, definir meios de responsabilização por omissão do Estado, bem como o seu controle através dos resultados, fomentar a participação popular direta e semidireta nesses meios de controle da atuação administrativa.

Di Pietro (2012b, p. 43), por sua vez, afirma ser importante ainda, revigorar o Poder Judiciário, pois com a abertura constitucional a um modelo principiológico, os Tribunais ganharam maior competência e com isso, tornaram-se os grandes protetores da sociedade em face dos abusos arbitrários da Administração Pública, ganhando um papel importante de pacificador social.

Sendo assim, o juiz passou a ter o papel de decidir se os atos administrativos estão alinhados com os programas prescritos pela legislação social constitucional e infraconstitucional.

Surge nessa fase o aspecto dualista do direito administrativo: ao mesmo tempo precisa respeitar os direitos e garantias individuais essenciais para o Estado de Direito, também precisa intervir na esfera privada para promover a igualdade material.

Conciliar esse caráter duplo não é fácil, pela história pode-se perceber que um Estado que esquece da justiça social, como ocorreu no Estado Liberal, causa a desigualdade a seus cidadãos. Por outro lado, um Estado que abusa de sua função social pode facilmente se tornar totalitário.

Ernst Forsthoff (apud DI PIETRO, 2012b, p. 33) talvez tenha encontrado uma harmonização entre esses dois conceitos opostos. Ele afirma ser necessário aumentar a participação popular, a qual “como direito e pretensão, supõe um Estado que ajuda, reparte, distribui e adjudica, que não abandona o indivíduo em sua situação social, mas que corre em sua ajuda, mediante subsídios”.

Os direitos de participação não possuem ainda uma esfera delimitada e precisa como ocorre com os direitos de liberdade individual. Apesar disso, nossa Constituição já traz elementos que tornam obrigatória a participação popular nas decisões e nas formas de controle da Administração Pública, a despeito de sua materialização depender muitas vezes de uma ação conjunta entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo para dar efetividade a esses preceitos.

Como exemplos de meios de promoção da democracia participativa sem a necessidade de atuação do Estado, temos o artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) o qual confere em diversos incisos a possibilidade de participação popular direta, como o direito à informação no inciso XXXIII, o *habeas data* no inciso LXXII, o mandado de injunção no inciso LXXI e a ação popular no inciso LXXIII.

Entretanto, temos também no artigo 37, §3º da Constituição (BRASIL, 1988) uma norma programática que está a mercê uma atuação positiva do Poder Legislativo, mas que até agora não ocorreu. Tal dispositivo afirma que a lei irá disciplinar “as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”.

Nesse sentido nos ensinam Pereira Neto e Sarmento (2014, p. 85):

Adota-se a premissa de que **a função do Estado diante destes direitos não é tão somente a de não violá-los, mas a de protegê-los ativamente**, diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, bem como de garantir as possibilidades materiais para o seu efetivo gozo. (grifou-se)

A democracia é um exercício constante de aproximação do Estado com o cidadão, sendo através da participação popular que se reduzirá tal intervalo. Para tanto, a participação não pode ser reduzida à democracia representativa que reflete pouco dos desejos reais da sociedade, mas deve ser constante no âmbito legislativo, com projetos de lei de iniciativa popular, plebiscitos e referendos, assim como no judiciário, através de ações populares, por exemplo, e no executivo, com audiências públicas sobre assuntos que interferirão no cotidiano da comunidade.



Em relação ao princípio da legalidade, no direito brasileiro ele está positivado no art. 5º, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio sofreu alterações do seu significado original concebido na Revolução Francesa, que vislumbrava um sentido puramente formal da lei, atualmente entende-se que a lei possui também um sentido material. Formal na medida em que emana de órgão competente, sendo o principal representante o Parlamento. Por sua vez, o sentido material da lei está na realização dos valores idealizados constitucionalmente, buscando o ideal de justiça social.

A lei é, por excelência, o maior ato de decisão política sendo através dela que o poder estatal se manifesta, propiciando à sociedade modos de conduta predeterminados, permitindo a todos que saibam anteriormente como guiar-se na realização de seus interesses.

A lei também é o desdobramento do conteúdo da Constituição, é através dela que a Constituição consegue exercer o seu papel transformador da sociedade. Neste sentido, o Estado “tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. [...] a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, [...] pois precisa influir na realidade social” (SILVA, J., 2011, p. 121).

O princípio da legalidade vem transcendendo seu conceito formalista consagrado pelo positivismo jurídico. Numa interpretação mais ampla, o princípio da legalidade serve como instrumento de proteção do cidadão contra arbitrariedades que aparentemente estão conforme a lei, mas na sua essência são ilegais, pois ferem reflexivamente algum dispositivo da Constituição. Di Pietro (2012b, p. 38) traz uma ponderação sobre o assunto:

Além da parte introdutória da Constituição, onde se afirmam os seus princípios fundamentais, em vários outros dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.

A autora também nos releva que há uma relação direta entre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa que será estudada em momento propício. Enquanto que há uma ampliação do primeiro, há uma consequente redução do âmbito de atuação do segundo. O alargamento do princípio da legalidade somada a constitucionalização de valores e princípios, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana restringiu drasticamente as possibilidades legais de expedir atos discricionários pela Administração Pública, restringindo políticas públicas e aumentando o controle judiciário.

Outros motivos que levaram à redução da discricionariedade administrativa estão as teorias surgidas pela jurisdição administrativa francesa, a teoria do desvio de poder e a teoria dos atos determinantes, e a mais atual do direito alemão, espanhol e português, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

No mais, ainda houve a superação do dogma segundo o qual o capítulo referente à ordem social contido na Constituição possuiria tão somente normas programáticas. O entendimento atual é que há normas contidas ali possuem eficácia imediata, independente de qualquer medida legislativa ou administrativa<sup>6</sup>.

Com o fenômeno da globalização e com a influência do neoliberalismo, hoje a organização estatal vem passando por um novo fenômeno, mais sutil que as mudanças do passado, mas que trouxe uma reforma significativa para a Administração Pública.

Pode-se dizer que voltam alguns princípios do liberalismo, que proporcionam a volta do particular como centro da sociedade. O Estado deve abster-se de exercer as atividades que podem ser realizadas pelo indivíduo e mais deve fomentar tais atividades, regulando e fiscalizando para proporcionar que o particular tenha sucesso em suas empreitadas. (DI PIETRO, 2012b, p. 48)

Pode-se perceber que há uma tendência para a redução da atividade estatal em alguns setores, principalmente no que tange às atividades econômicas e na

---

<sup>6</sup> Dentre os autores que concebem essa teoria pode-se citar José Afonso da Silva (2010, p. 82) que afirma que até mesmo as normas de eficácia contida, à semelhança das normas de eficácia plena, são aptas a, desde já, produzirem todos os seus efeitos, contudo, poderão, no futuro, terem seus efeitos restringidos por atuação do Poder Público. No que tange às normas de eficácia limitada, elas não produzem, com a sua simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, mas mesmo assim é unanimidade dizer que elas possuem certo grau de eficácia.

mesma medida uma ampliação da função reguladora da Administração para incentivar a iniciativa privada.

Outro fator que influencia a sociedade pós globalização é a adição da eficiência, característico da ciência da administração privada, como um princípio da Administração Pública. Como aduz José Afonso da Silva (2011, p. 672) a eficiência será obtida “pelo melhor emprego dos recursos e meio (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários”.

Isso provoca a desburocratização das atividades estatais. A Administração torna-se menos formalista, aplicando o regime de direito privado para as atividades não típicas de Estado. Nas atividades que permanecem nas mãos do Estado, por sua vez, adota-se a chamada Administração Pública Gerencial, oposta ao modelo burocrático, que teria gerado ineficiência na prestação de serviços públicos.

Nessa direção, amplia-se a discricionariedade administrativa, definem-se metas, se dá maior autonomia à Administração e mais importante para este estudo, substitui-se os controles formais por um controle de resultados em que a eficiência dos resultados é mais importante que seus fins. (DI PIETRO, 2012b, p. 49)

Além disso, para a diminuição da máquina estatal, o Estado vale-se da privatização, aqui entendida em seu sentido amplo, abrangendo a transferência de controle acionário de empresas estatais à particulares, a concessão, permissão e autorização de serviços públicos, a quebra de monopólios e a terceirização. (MOREIRA, 2005, p. 145)

Em consonância com a propensão do direito constitucional de aumentar a participação popular, há o reconhecimento de uma sociedade pluralista, representando diversos setores da comunidade, principalmente das minorias, começam a participar das decisões da Administração.

## **2 ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

### **2.1 ATO ADMINISTRATIVO**

#### **2.1.1 Conceito**

Antes de se falar em discricionariedade administrativa, é necessário se ater ao que é o ato administrativo, sua definição, seus atributos, elementos e pressupostos.

Assim sendo, o ato administrativo pode ser descrito como a personificação da Administração Pública, é o meio pelo qual ela age e toma decisões. Contudo, sua definição não está sistematizada em lei, é fruto tão somente de uma construção doutrinária.

Primeiramente, é válido diferenciar os atos administrativos dos fatos administrativos, pois somente os atos administrativos poderão ser anulados. Os atos administrativos, conforme descreve Bandeira de Mello (2014, p. 378), são falas prescritivas, enquanto que os fatos jurídicos não são declarações, mas apenas situações que acontecem, não são prescrições, é a lei que fala dele, ele apenas ocorre, portanto o fato não pronuncia qualquer coisa, na medida que o ato administrativo fala algo.

Feita essa diferenciação, é o momento de trazer o conceito de ato administrativo, que é definido como toda declaração realizada pelo Estado, ou por quem está lhe fazendo as vezes, manifestada através de providências jurídicas complementares à lei no sentido de lhe dar cumprimento, estando sujeitas ao controle por órgão jurisdicional de sua legitimidade (MELLO, 2014, p. 389).

#### **2.1.2 Elementos e Atributos do Ato Administrativo**

O ato administrativo apresenta certos atributos inerentes a ele, que se resumem em prerrogativas especiais sobre o particular, o qual permite a

Administração Pública realizar suas atividades de maneira mais eficaz. Contudo, é importante ressaltar que tais atributos não são incondicionados, nem pode-se afirmar que sempre estarão presentes em todo ato administrativo, pois somente persistirão quando o ato administrativo objetiva o interesse público. Entendem-se como atributos do ato administrativo: a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade.

A presunção de legitimidade é a qualidade do ato administrativo no qual ele é considerado verdadeiro e legal, até que seja provado o contrário. Há uma presunção *juris tantum* de legitimidade, logo basta que ela seja questionada em juízo para que aplique-se a teoria geral da prova.

A imperatividade é a qualidade do ato administrativo de interferir na esfera jurídica de uma pessoa, independente de sua concordância. A imperatividade, contudo, não se confunde com a exigibilidade, na qual o Estado pode exigir do particular o cumprimento de determinada obrigação.

Por fim, a executoriedade, também chamada de auto-executoriedade, é a característica pela qual a Administração pode compelir materialmente o destinatário do ato, sem buscar o judiciário para cumprir uma obrigação. Um exemplo do uso de tal atribuição seria a interdição de um estabelecimento comercial por falta de alvará de funcionamento.

Quanto aos elementos, o ato administrativo possui dois, sendo eles a forma e o conteúdo. A forma é o meio de exteriorização do ato, é a sua aparência externa, muitas vezes não é prescrito em lei uma forma obrigatória, apesar de que em quase todos os casos é exigida, ao menos, a forma escrita. O conteúdo, por sua vez, é a essência do próprio ato, o seu objetivo. Vale lembrar que se o conteúdo do ato de alguma forma for ilícito, o ato será nulo.

Os pressupostos são as condições as quais o ato administrativo terá que preencher para passar a existir e ser válido, são eles: o motivo, a motivação, o sujeito, a finalidade, o objeto, a causa e a formalização (MELLO, 2014).

O primeiro dos pressupostos e fundamental para todos os tipos de atos é o motivo, ou seja a situação de fato ou de direito que enseja a edição de um ato administrativo, podendo ser de qualquer ordem. Ele ainda pode estar prescrito ou

não em lei o que determinará o seu grau de discricionariedade. Bandeira de Mello (2014, p. 401) elucida o assunto:

É que, mesmo se a lei não alude expressamente aos motivos propiciatórios ou exigentes de um ato, nem por isto haverá liberdade para expedi-lo sem motivo ou perante um motivo qualquer. Só serão de aceitar os que possam ser havidos como implicitamente admitidos pela lei à vista daquele caso concreto, por corresponderem a supostos fáticos idôneos para demandar ou comportar a prática daquele específico ato, espelhando, dessarte, sintonia com a finalidade legal. Vale dizer: prestantes serão os motivos que revelem pertinência lógica, adequação racional ao conteúdo do ato, ao lume do interesse prestigiado na lei aplicada.

Portanto, mesmo que não haja um motivo expresso prescrito em lei, a autoridade deverá fazer uma interpretação da lei para buscar qual o motivo buscado pelo legislador ao editar tal lei, deve haver uma pertinência lógica entre o motivo e o ato praticado.

Estritamente relacionada com o motivo, mas ao mesmo tempo não se confundindo com o mesmo, tem-se a motivação. Ela se apresenta como a explicitação formal do motivo, é a fundamentação do ato, sendo um requisito formalístico do ato. Hely Lopes Meirelles (2013, p. 164) discorre sobre o assunto:

A motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação.

É importante lembrar que quando a motivação é dispensável, mas a autoridade mesmo assim a divulga, ele estará vinculado a essa motivação. Um exemplo disso é a exoneração *ad nutum* dos cargos de livre nomeação, na qual a lei isenta a demonstração de motivação. Nesse caso, se o agente afirmar que exonerou o servidor por falta de verba, mas em seguida nomeia outro para o mesmo cargo, o ato será inválido, pois o motivo não coincidiu com a motivação.

O sujeito competente, também referido somente como competência, é a quem a lei confere a capacidade legal para expedir determinado ato. Para cumprir tal pressuposto deve haver uma lei anterior ao ato que confira tal competência.

Geralmente, a lei que cria o cargo público já explicita o tipo de ato que o servidor tem competência para editar.

A competência do ato é inderrogável, tanto pela Administração Pública quanto por terceiros, podendo ser alterada somente através de lei. Contudo, se a lei não a declarar exclusiva, poderá ser delegada ou avocada, e os atos expedidos pelo servidor hierarquicamente superior ou inferior será plenamente válido (DI PIETRO, 2012a, p. 211).

O pressuposto teleológico do ato administrativo é a finalidade, ou seja o ato deve sempre visar o atendimento do interesse público, nesse caso, qualquer ato expedido contrário ao interesse público é nulo.

Todavia, numa democracia republicana é preciso mais do que isso, “é necessário que ato administrativo seja apto a promover as finalidades prestigiadas pelo direito, refletindo uma concepção de bem público satisfatória com os valores fundamentais e com as necessidades coletivas” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 400). Essa finalidade mais específica é chamada de finalidade imediata, que varia para cada ato, mas deve ser congruente com o interesse público.

A causa, por sua vez, é a correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, em função de sua finalidade. Ela se manifesta como uma conexão entre os últimos dois pressupostos com um dos elementos do ato.

Bandeira de Mello (2014, p. 412) afirma que a falta de causa invalidará o ato, pois se o agente se baseou em motivo incongruente com o ato, o Judiciário poderá controlar a validade deste, mesmo que a lei não tenha se pronunciado sobre os motivos que legitimariam a sua edição.

A formalização como pressuposto é a específica maneira pela qual o ato deve ser exteriorizado. Difere do elemento forma, pois este tão somente afirma que o ato deverá possuir uma forma, enquanto que como pressuposto é necessário que tal forma seja a especificada em lei. (MELLO, 2014, p. 412)

Apesar de não fazer tal diferenciação, Di Pietro (2012a, p.215) traz que a obediência à forma, que no contexto apresentado pode ser considerado como formalização, é essencial para conferir garantia jurídica ao administrado, assim como para a própria administração.

Por fim, tem-se, ainda, o objeto, este, segundo Bandeira de Melo (2014, p. 399), é o único pressuposto de existência, sem ele o ato nem ao menos é inválido, ele simplesmente não existe. O objeto, ainda segundo o autor, diz respeito aquilo sobre o qual o ato dispõe.

Feita essa análise sobre os pressupostos e elementos do ato administrativo, podemos partir para uma análise mais aprofundada da discricionariedade administrativa.

## 2.2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A discricionariedade administrativa tem sua origem, como aduz Binenebojm (2008, p. 195), no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVII quando se confundia com a vontade do monarca, o que geralmente levava à arbitrariedades. Como já foi comentado no capítulo anterior, apenas com o surgimento do Estado de Direito no século XIX, a ideia de impor limites às atividades estatais conquistou força teórica e popular.

A respeito dessa época o autor continua:

Com efeito, a ideia original de discricionariedade, intrinsecamente vinculada à arbitrariedade do poder político própria do absolutismo, era incompatível com a ideia nascente de Estado de direito. [...]

De fato, a despeito da necessidade de balizamento jurídico da discricionariedade, esta continuava a ser considerada imprescindível para habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas". (BINEBOJM, 2008, p. 197)

De certa forma se opondo à discricionariedade, tinha-se um princípio intrínseco ao Estado de Direito, a legalidade. Nessa linha, nada mais lógico que a Administração Pública como um dos pilares do Estado estar totalmente atrelada à lei. O ato administrativo, por sua vez, sendo o instrumento mais comum de manifestação da Administração Pública, também deverá estar em consonância com o disposto em lei, não podendo transgredir seus limites.



A legalidade surgiu, como já falado, como um dos meios de proteção do indivíduo de abusos e arbitrariedades, posto que a autoridade é impedida de agir em oposição à lei, caso contrário, sofreria o controle dos órgãos judiciais. Porém, a legalidade administrativa assumiu, no advento do Estado de Direito, uma feição de vinculação negativa, ou seja, a Administração podia agir nos limites livres de regulamentação legislativa.

Por consequência lógica, todos os atos administrativos produzidos neste espaço não regulado por lei, não eram suscetíveis ao controle judicial, o que levava a um certo eco histórico do princípio monárquico, revestido apenas com novas aparências, conforme lembra Gustavo Binenbojm (2008, p. 197).

O autor segue sua linha de pensamento afirmando que a noção de legalidade administrativa mudou apenas no pós guerra, com o surgimento da doutrina da *positive Bindung*<sup>7</sup>, a vinculação positiva à lei, quando a Administração poderia atuar somente no que a lei permitir. Esse é o entendimento que permanece até hoje.

Chegamos a partir daí a alguns conceitos para a expressão discricionariedade administrativa. O primeiro a ser apresentado é de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012b, p. 62):

Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a **faculdade** que **a lei confere à Administração** para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito. (grifou-se)

Segundo Alexandre Santos de Aragão (2012, p. 155), discricionariedade administrativa seria:

[...] a **margem de escolha deixada pela lei** ao juízo do administrador público para que, na busca da realização dos objetivos legais, opte, entre as opções juridicamente legítimas, pela medida que, naquela realidade concreta, entender mais conveniente. Trata-se da escolha entre indiferentes jurídicos, entre várias medidas admitidas pelo Legislador, para quem é indiferente a opção por uma ou outra delas. (grifou-se)

---

<sup>7</sup> Eduardo García de Enterría e Tomás-Rámon Fernandez (1991, p. 375) relatam que a Constituição austríaca de 1920 adotou a doutrina da *positive Bindung*, através da influência de Kelsen, dispondo em seu art. 18 que a Administração não pode atuar senão *auf Grund der Gesetze*, sobre o fundamento da lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 48), por sua vez, afirma que a discricionariedade:

[...] é a **margem de liberdade** que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à **satisfação da finalidade legal**, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (grifou-se)

E Diogo Figueiredo Moreira Neto (2014) assim conceitua a discricionariedade:

A discricionariedade desdobra, assim, para a Administração Pública, um **novo espaço jurídico decisório substantivo**, dentro do qual seus agentes poderão, **conforme a amplitude definida pelo legislador, escolher**, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos, sempre para realizar a boa administração. [...] A discricionariedade é, portanto, uma técnica jurídica que se destina a sintonizar a ação administrativa concreta à ideia de legitimidade contida na lei, o que a assemelha, de certo modo, ao instituto da delegação, outorgada pelo legislador ao administrador público, na própria lei, para que este possa fazer a necessária integração casuística, na ocasião e no modo mais adequado, para satisfazer a finalidade pública legalmente imposta. (grifou-se)

Enfim, todas as definições apresentadas tem dois elementos em comum e que definem a discricionariedade administrativa: a escolha feita pelo administrador e o limite pela lei. No mais, soma-se, ainda, uma situação de fato e a busca pelo interesse público e estaremos diante da discricionariedade administrativa.

### **2.2.1 Discricionariedade e Vinculação**

Uma das classificações mais importantes do ato administrativo relaciona-se a dicotomia discricionariedade e vinculação. Se a norma determinar exatamente qual atitude o agente deverá tomar diante de determinado fato, o agente não tem escolha a não ser respeitar o princípio da legalidade e agir conforme o indicado na

lei. Quando a lei possui esse nível de especificidade, estamos diante do que é chamado pela doutrina de vinculação.

A vinculação apresenta-se como o atrelamento à letra da lei, não há a possibilidade de escolha, ou seja, diante de determinada situação a Administração somente tem um caminho a seguir. O administrado, nesse caso, possui o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição do ato, podendo inclusive recorrer ao judiciário para tal (DI PIETRO, 2012b, p. 61).

O exemplo mais comum de tal direito subjetivo talvez seja o expresso pelo artigo 37, inciso IV da Constituição Federal. O dispositivo determina que durante o prazo previsto no edital, a nomeação do candidato aprovado em concurso público deverá ser feita em detrimento de qualquer novo aprovado em concurso superveniente.

O julgamento do recurso em Mandado de Segurança n. 30.110/CE realizado pelo Superior Tribunal de Justiça ilustra a situação:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS CLASSIFICADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS INICIALMENTE OFERTADAS NO CERTAME. POSTERIOR SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. VEICULAÇÃO DE EDITAL CONVOCATÓRIO NOMINAL PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS DE NOMEAÇÃO. **ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO**. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INDEMONSTRAÇÃO DE INSUPERÁVEL RAZÃO FINANCEIRA. RECURSO PROVIDO.

[...] 2. A Constituição Federal prevê duas ordens de direito ao candidato devidamente aprovado em concurso público: (a) o direito de precedência, dentro do prazo de validade do certame, em relação aos candidatos aprovados em concurso superveniente e (b) o direito de convocação por ordem descendente de classificação de todos os aprovados (art. 37, IV da CF).

[...] 4. A partir da veiculação, por meio de Edital de convocação, do interesse público da Administração em dar início ao processo de investidura dos candidatos aprovados, a nomeação e a posse, que ficarão, em princípio, à discrição administrativa, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo em prol dos convocados; somente diante de relevante ou insuperável razão financeira, econômica ou orçamentária, devidamente comprovada, esse direito subjetivo poderá ser postergado.

5. Neste caso, a aprovação/classificação dos recorrentes no Concurso Público para o provimento de cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1a. Classe do Estado do Ceará se deu além do número de vagas ofertadas no Edital de abertura, porém, documento oficial do

Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social, posteriormente expedido, indica a existência de 237 vagas de Inspetor de Polícia Civil do Estado do Ceará, conforme indica a Lei Estadual 14.112/08, dessa mesma Unidade Federativa.

**6. A vinculação da Administração Pública aos atos que emite, combinada com a existência de vagas impõe a nomeação, posse e exercício** dos recorrentes nos cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1a. Classe do Estado do Ceará. [...] (grifou-se)

No entanto, não são raras as situações na qual a lei deixe em aberto duas ou mais opções à autoridade, não especificando qual medida deverá ser tomada no caso concreto, deixando sua escolha, *a priori*, ao juízo subjetivo do agente. Essa possibilidade dada a Administração Pública é conhecida pela doutrina de discricionariedade administrativa.

Antes de se aprofundar no estudo da discricionariedade administrativa, importante valer-se de comentário de Bandeira de Mello (1992, p. 18). O doutrinador afirma que apesar de amplamente falar-se em ato discricionário, a discricionariedade está na competência do agente público de apreciar em relação a algum aspecto que compõe ou condiciona o ato administrativo. O ato somente revelará essa competência.

Discricionariedade e vinculação se relacionam a graus de atrelamento da autoridade à lei, quanto maior o atrelamento a lei, mais vinculado será o ato, e quando a lei conferir liberdade à autoridade para expedir o ato, ele terá uma dose maior de discricionariedade. Alguns autores, ainda, afirmam que não há ato administrativo exclusivamente vinculado ou discricionário, tendo todos eles algum teor de discricionariedade e de vinculação à lei.

Di Pietro (2012b, p. 61), uma das maiores autoras sobre o assunto, assevera que haverá discricionariedade quando “o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; [...] de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito”.

A autora prossegue, afirmando que estaremos diante do poder discricionário quando a situação demandar que a autoridade busque soluções com base nos critérios de mérito – oportunidade, conveniência, justiça e igualdade, pois a solução do problema não foi estabelecida em lei.

Num universo de soluções possíveis ao caso concreto, o agente deverá escolher com base em seu juízo subjetivo qual será a melhor saída. Contudo, deve-se fazer a ressalva que nem todas as soluções possíveis são igualmente e indiferentemente corretas para a solução do episódio.

Pelo contrário, o legislador conferiu tal discricionariedade ao administrador exatamente por existir uma resposta mais correta para determinada situação de fato, mas que foi impossível para ele descrever todas as possibilidades num meio tão abstrato como a legislação (MELLO, 2014, p. 981).

### 2.2.2 Justificação da Discricionariedade

A discricionariedade surge como um elemento necessário à boa condução da Administração Pública, não cabe ao administrador buscar sua satisfação pessoal, mas perquirir o interesse público. Como Bandeira de Mello (1992, p. 15) ensina, o poder discricionário está mais relacionado a um dever do que a um poder, isso porque a discricionariedade deve ser entendida como o instrumento necessário para o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal e o bem comum.

Sob o ponto de vista jurídico, a discricionariedade recebe apoio da teoria piramidal de hierarquia das normas criada por Kelsen (1998, p. 245). A norma fundamental oferece um marco a ser seguido pela legislação infraconstitucional, assim como a lei *strictu sensu* baliza as decisões judiciais e os atos administrativos. Segue trecho que explicita esse entendimento:

[...] a norma do escalão superior regula - como já se mostrou - o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.

Nota-se, contudo, que essa vinculação não é total, sobrando uma margem de interpretação cabível ao executor da norma, a lei serve como uma moldura, um limite, que deverá ser preenchida pela sua interpretação através da expedição da norma. Observa-se, ainda, que “mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer” (KELSEN, 1998, p. 246).

Há uma presunção de que a norma hierarquicamente mais baixa seja expedida com base na interpretação da superior, levando-se em conta as circunstâncias externas específicas a cada situação. O ato administrativo é uma interpretação da lei e sua discricionariedade se baseia no próprio sistema jurídico atual.

É simples de induzir que sob o ponto de vista prático, algumas situações demandam respostas rápidas e práticas que somente uma atuação imediata do agente público pode oferecer. O legislador confere essa faculdade para beneficiar o interesse público, de modo que apresenta os fins a serem alcançados, cabendo à administração optar pelos meios mais adequados e eficazes para atingi-los.

Não seria cabível que o legislador se ocupasse de prever todas as situações possíveis que a Administração Pública enfrenta em seu cotidiano. Mais do que isso, se o fizesse engessaria a máquina pública de tal forma que tornaria a norma obsoleta em pouco tempo, pois o legislador daria soluções permanentes a uma sociedade mutável como a atual.

Somado a isso, o Legislativo passaria da abstração própria da lei para a expedição de normas individualizadas. Essa conjuntura, tornaria inócua a teoria tripartida de Montesquieu e levaria a um desequilíbrio na separação dos poderes, visto que o Poder Executivo se tornaria um mero executor das medidas tomadas pelo Legislativo.

Ainda no século XVII, John Locke (1998, p. 529) já apresentava essa ideia de que a lei não poderia prever e providenciar soluções a todas as situações que ocorrem no dia a dia, sendo dever de quem detenha o poder executivo que, visando o interesse público e utilizando-se de seu poder discricionário, ache a solução de acordo com o caso concreto. Extrai-se de seu livro *Dois Tratados Sobre o Governo* este trecho que explica a necessidade do poder discricionário:

[...] não sendo os legisladores capazes de prever e providenciar, por meio das leis, tudo quanto possa ser proveitoso para a comunidade, o executor das leis, tendo nas mãos o poder, possui, pela lei comum da natureza, o direito de dele fazer uso para o bem da sociedade, nos muitos casos em que lei municipal não fornece diretrizes [...]. **Muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discrição daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas**, conforme o exijam o bem e a vantagem do público. (grifou-se)

Ainda, sob um ponto de vista prático, o mundo atual demanda respostas rápidas aos problemas cotidianos. A internet, as redes sociais, *smartphones* e *tablets*, por exemplo, nos oferecem conhecimentos, experiências e interações praticamente instantâneos. Com isso, estamos nos tornando impacientes e nos acostumando com soluções imediatas a problemas que não existiam anos atrás.

Por sua vez, o Estado precisa se adaptar para conferir mais celeridade às demandas da população, e muitas vezes é necessário que Administração atue de forma discricionário para suprir essas lacunas. Não cabe ao legislador através do complexo e lento processo legislativo prover tais respostas, mas ao administrador que possui mais contato com o cidadão e dentro de seu poder discricionário estará mais apto a conceder soluções rápidas.

Dessa maneira, construiu-se a visão de que o poder discricionário seria necessário, justificável e inevitável. Necessário, pois promove a ligação da lei aos casos concretos; justificável, pois seria impossível prever todas as hipóteses de incidência da lei; e, por fim, inevitável, diante do mundo moderno e sua dinâmica tecnológica, cambiante e imprevisível, que demanda uma ação rápida e especializada dos administradores. (BINENBOJM, 2008, p. 198)

### **2.2.3 Discricionariedade técnica**

Uma das feições da discricionariedade se manifesta na discricionariedade técnica. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 441), a expressão discricionariedade técnica é utilizada em duas situações. A primeira delas diz respeito ao ato administrativo expedido com base na existência de uma conduta pré-definida em lei e sua vinculação ao resultado de um parecer técnico.

Um exemplo de discricionariedade técnica nesse caso, está na lei 8.989/95 que determina o seguinte:

Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro,

movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por:

[...] IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;

Nesse caso a Administração Pública não possui escolha alguma. Se após exame médico, for verificada a existência de deficiência física, visual ou mental, e forem preenchidos os demais requisitos objetivos, a Receita Federal deverá conceder a isenção. Conforme inclusive está estabelecido na lei:

Art. 3º A isenção será reconhecida pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, mediante prévia verificação de que o adquirente preenche os requisitos previstos nesta lei.

Logo, observa-se aqui uma vinculação ao parecer técnico, no caso o exame médico. Não há propriamente uma discricionariedade técnica, sendo o uso dessa expressão inadequada, pois não existe nenhuma faculdade à Administração Pública.

Conforme já dito, a expressão discricionariedade técnica também é utilizada para indicar outra situação muito distinta. Como ensina Bandeira de Mello (2014, p. 442) utiliza-se o conceito nos casos em que:

[...]embora o ato a ser praticado pela Administração também pressuponha uma averiguação técnica, a lei regente da matéria confere à Administração o dever de ajuizar sobre se a ocorrência do fato nela referido, e como tal reconhecido em decorrência da averiguação técnica, tem, ou não, nível de importância ou gravidade que requeira uma só conduta.

Nessa hipótese, há de fato uma discricionariedade técnica, pois apesar de ser necessário haver um parecer técnico, não há vinculação entre a edição do ato e o resultado dessa averiguação. A lei dá essa margem de escolha à Administração, para que faça um juízo de conveniência e oportunidade que resultará na melhor solução para o interesse público.



Um exemplo da discricionariedade técnica propriamente dita, está no caso de tombamento<sup>8</sup>. O decreto-lei nº 25/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, determina o seguinte:

Art. 7º Proceder-se-à ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, **a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo. (grifou-se)

O tombamento, deste modo, será realizado, à juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com base em parecer técnico que atestará se o bem é portador de referência à identidade, à ação, ou à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Nesse caso, contudo, mesmo que se verifique a sua importância histórica, artística ou cultural, cabe à Administração valorar se será benéfico para o interesse público o tombamento do determinado bem, não tendo, portanto, o particular, mesmo que preenchidos os requisitos, direito subjetivo ao tombamento de seu bem.

Isto posto, pode-se verificar que a discricionariedade técnica, quando utilizada em seu significado correto, é uma espécie de discricionariedade administrativa, diferenciando-se das outras, pois a lei impõe a averiguação técnica prévia ao ato administrativo. Contudo, importante ressaltar que para se falar em discricionariedade, a lei não poderá impor a vinculação do ato ao resultado do parecer, pois nesse caso, como já foi abordado anteriormente, estaremos diante de um ato vinculado.

---

<sup>8</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello (apud ALVES, 2008, p. 93) em seu livro Direito Urbanístico Brasileiro dispõe o seguinte sobre o assunto: “O ato de tombamento é, porém, vinculado no sentido de que não se verificará sem o parecer técnico do órgão competente (IPHAN ou entidade semelhante nos Estados ou Municípios) aconselhando a medida. O ato está, pois, vinculado a esse parecer. Mas este não vincula a autoridade competente para emitir o ato de tombamento. [...] Pode o administrador reconhecer a qualificação do bem, louvando-se no parecer do órgão competente e, no entanto, não editar o ato, por não achar nem conveniente e nem oportuno tombá-lo [...]. Tombar é o momento jurídico concretizado pela edição do ato. Qualificação é operação de natureza técnica; **o tombamento, em si, é ato administrativo discricionário que pode ser editado ou não, porque envolve oportunidade, conveniência, razoabilidade**” (grifou-se).

## 2.3 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

O mérito apesar de não ser considerado atributo, nem elemento formador do ato administrativo, é considerado para muitos como componente fundamental para se entender a essência do ato, especialmente do chamado ato discricionário que foi aprofundado no tópico 2.2.

Uma confusão que não se deve ser feita em relação ao mérito, é seu conceito diverso no âmbito processual e administrativo. No âmbito processual o mérito é a pretensão que o autor deduz em juízo, com base em normas de direito material. Já no direito administrativo, seu sentido mais usual é o que “concerne aos aspectos do ato administrativo relacionados basicamente com o princípio da oportunidade e conveniência, em face do interesse público a atingir” (DI PIETRO, 2012b, p. 131).

Conforme conceitua Bandeira de Mello (2014, p. 983) o mérito do ato administrativo é:

[...] o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

Já Hely Lopes Meirelles (2013, p. 165) afirma que o mérito administrativo concebe-se “na valoração dos motivos e na escolha o objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”.

José Cretella Júnior (apud DI PIETRO, p. 132), por sua vez, faz uma importante observação sobre a relação entre a discricionariedade e o mérito do ato. Afirma o autor que o mérito, por se relacionar com o motivo e o objeto do ato, existe tanto no ato discricionário quanto no vinculado. No caso do ato vinculado, o autor afirma que existe “uma parcela de merecimento, se bem que, *in potentia*, não utilizável pela autoridade, por ser absorvida pelos demais fatores determinantes da edição do ato”.

Por muito tempo vigorou-se no Brasil a ideia de que o mérito do ato administrativo não seria passível de controle judicial, nessa ótica, todas as vezes o Judiciário era acionado para se manifestar sobre um ato sobretudo discricionário, pois o mérito só existe onde há discricionariedade, o juiz utilizava-se dessa teoria para se negar à prestação jurisdicional.

Contudo, com o passar dos anos, diversas teorias foram concebidas para aumentar o controle judicial sobre os aspectos que antes eram considerados, erroneamente, como mérito. Dentre as que podemos citar estão a teoria do desvio do poder, a teoria dos motivos determinantes, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e constitucionalização dos princípios da Administração Pública.

Dessa forma, em consonância com Maria Sylvia Di Pietro (2012b, p. 135) houve uma expressiva redução do que é considerado mérito do ato administrativo. Aspectos que, antes, eram considerados como de mérito, e, portanto, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade em sentido amplo, o que autoriza plenamente o seu controle.

### 3 O PROPORCIONAL E O RAZOÁVEL

#### 3.1 A REGRA DA PROPORCIONALIDADE

##### 3.1.1 Conceito

“Não se abatem pardais disparando canhões”. A metáfora utilizada pelo jurista alemão Walter Jennik (apud PHILIPPE, 2007, p. 22) para descrever a proporcionalidade talvez seja uma das frases que melhor a descreve. Sob a ótica administrativa, a citação expressa a necessidade de equilíbrio entre os meios empregados na intervenção estatal, com o fim pretendido.

A regra da proporcionalidade se tornou um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica constitucional, estando presente em praticamente todos os sistemas jurídicos pertencentes a *civil law*. E é interessante nesse momento encontrar a definição mais apropriada para a proporcionalidade dentre os autores que o reconhecem como norma autônoma.

Humberto Bergmann Ávila (2001, p. 25) traz em seu artigo “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade” sua concepção para o termo proporcionalidade:

O dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo. Como já afirmado acima, o dever de proporcionalidade impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados. É dizer: ele traduz um postulado normativo aplicativo como aqui se estipula.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 467) apresentam “o princípio da proporcionalidade” como um instrumento da hermenêutica jurídica, sendo empregado no contexto da ponderação de interesses, assim como serve de meio para contenção do arbítrio estatal, “provendo critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente protegidos”.

Juarez Freitas (2013, p. 50) afirma que “o princípio da proporcionalidade determina (não apenas exorta) que a Administração Pública “lato sensu” evite agir com demasia ou de modo insuficiente, inoperante ou omissivo, na consecução de seus objetivos primordiais”.

Contudo, a definição que nos parece mais correta para a regra da proporcionalidade é a de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24), que por sua vez, a define como uma “regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”.

Embora o conceito de proporcionalidade tenha sido objeto de estudo de diversos grandes juristas, como pode se ver, é difícil encontrar uma definição unitária sobre o que consistiria a proporcionalidade. Nessa linha, Wilson Antônio Steinmtz (2001, p. 147) explica que “parecem ser duas as razões que dificultam uma definição. Primeira: a complexidade do princípio [...]. Segunda: as oscilações terminológicas (significantes) e imprecisões conceituais (significado)”.

A sua complexidade será tratado nos tópicos a seguir, quando analisaremos de perto cada um de seus elementos. Mas em relação ao problema terminológico, o autor explica, que esse iniciou-se com o Tribunal Constitucional Federal alemão que utilizava o conceito de proibição de excesso ora para designar a proporcionalidade em sentido amplo ora para designá-la em sentido estrito. A doutrina alemã, contudo, encarregou-se do consenso, decidindo que a proibição do excesso seria sinônimo da proporcionalidade em sentido amplo, ambas, portanto, compreendendo as parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

### **3.1.2 Questão Terminológica e Natureza Jurídica da Regra da Proporcionalidade**

Preliminarmente é válido para este estudo uma pequena análise sobre a questão terminológica da proporcionalidade. A doutrina brasileira é praticamente

unânime em chamar a proporcionalidade de princípio da proporcionalidade<sup>9</sup>. Contudo tal denominação é tecnicamente incorreta, e isso pode levar a sua aplicação errônea, principalmente se considerarmos a teoria sobre princípios apresentada pelo doutrinador alemão Robert Alexy.

Alexy (2014, p. 90) demonstra em sua obra que as normas jurídicas se dividem em duas categorias baseada em sua estrutura e forma de aplicação: as regras e os princípios. Regras e princípios possuem uma “distinção qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio”.

O autor explica que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Já as regras contêm determinações, sendo sempre satisfeitas ou não satisfeitas, se ela vale, deve-se fazer exatamente o que ela determina.

Com esta explicação já seria possível assumir que a proporcionalidade pelo que já foi explicado no tópico anterior, merece ser classificada como regra e não princípio. Assim sendo, Robert Alexy (2014, p. 117), por sua vez, também qualifica a proporcionalidade como regra, ao afirmar que

a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. **As três máximas parciais dever ser, portanto, consideradas como regras.** (grifou-se)

Nesses termos, a proporcionalidade não pode ser considerada um princípio pois não entra em colisão com outras normas, não pode ser concretizado em vários graus, além de não possuir conteúdo material próprio, servindo somente para regular a aplicação de outras normas, conforme explica Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 26). A denominação regra de proporcionalidade ou até mesmo máxima da proporcionalidade estaria mais apropriada tecnicamente.

Contudo, ao denominar a regra da proporcionalidade de princípio da proporcionalidade, a doutrina brasileira não está, na maior partes das vezes, sendo

---

<sup>9</sup> Só para citar alguns autores que se referem a regra da proporcionalidade como um princípio estão Eduardo Slerca (2002), Juarez Freitas (2013), Celso Antônio Bandeira de Mello (2014), Hely Lopes Meirelles (2013), Cláudio Pereira de Souza Neta e Daniel Sarmento (2014) e Maria Sylvia Di Pietro (2012a).

imperita, pelo contrário, a alcunha demonstra o desejo de impor a importância devida ao conceito de proporcionalidade ao igualá-lo a outras normas tão importantes quanto, mas que são denominadas no texto constitucional de princípios.

### 3.1.3 Evolução da Regra da Proporcionalidade

A proporcionalidade surgiu pela primeira vez no direito francês, logo após a Revolução. Nessa época, como já comentado, em razão das antigas arbitrariedades estatais, as liberdades individuais eram prioridade no novo Estado de Direito, sendo o Estado visto até mesmo como um mal necessário para o povo.

Nessa linha, o *Conseil d'État* desenvolveu dentro de sua competência para controlar a esfera administrativa, a tese do *détournement* ou *excès de pouvoir*, isto é o desvio ou excesso de poder, sendo este considerado como o embrião da regra da proporcionalidade. Essa teoria tinha como fundamento a correlação entre meios e fins, sendo que a Administração não poderia usar do abuso de poder no uso de suas atribuições, como aduz Eduardo Slerca (2002, p. 83).

A doutrina francesa de controle dos atos se expandiu e trouxe influências para toda a Europa continental. No direito alemão, a proporcionalidade tomou forma, nos legando a sua conceituação técnico-científica atual. No século XIX, a proporcionalidade chegou à jurisprudência alemã, inicialmente sendo empregada no controle do poder de polícia administrativo (COELHO, 2002, p. 75).

Conforme narram Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 468), a Constituição Alemã de 1949 adquiriu uma nova dimensão de proteção às garantias e direitos fundamentais, pautados na dignidade humana, que se tornaram elementos centrais na normativa constitucional. Nessa conjuntura, as colisões entre direitos fundamentais eram inevitáveis e a proporcionalidade passou a atuar no controle de constitucionalidade, acarretando uma projeção do poder judiciário.

Entretanto, é importante frisar que o texto constitucional germânico, assim como o brasileiro, não se pronunciou expressamente sobre a existência da proporcionalidade. Todavia, a proporcionalidade é considerada pela Corte Constitucional Alemã, bem como pela grande parte dos doutrinadores como inerente

ao Estado de Direito, merecendo, portanto, seu lugar como norma constitucional implícita, para se tornar critério do controle judicial das leis e atos administrativos (SLERCA, 2002, p. 88).

É na mesma Corte Constitucional que se desenvolveram os três parâmetros de análise da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que serão tratadas em momento oportuno <sup>10</sup>.

No Brasil, a proporcionalidade só veio a ser desenvolvida e empregada largamente nos Tribunais a partir do advento da Constituição de 1988, pois o regime político até então não se afeiçoava às ideias garantistas germânicas. Desde então, a proporcionalidade, apesar de inicialmente ser confundida com o princípio da razoabilidade, vem sendo bem aceita e aplicada em todos os âmbitos.

A despeito da confusão inicial dos juízes, Souza Neto e Sarmento (2014, p. 470) afirmam ter havido um aperfeiçoamento na técnica judicial, visto que “ao longo da última década, a proporcionalidade tem sido empregada de forma mais analítica, o que tende a ampliar a previsibilidade da atuação do Judiciário no uso deste princípio”.

### **3.1.4 A Proporcionalidade no Direito Brasileiro**

Feitos os esclarecimentos sobre sua terminologia pode-se passar para uma das questões que mais discussão causa na doutrina brasileira, a fundamentação legal da proporcionalidade. Não há na Constituição disposição expressa que declare a regra da proporcionalidade um *status* constitucional, contudo, os autores não mediram esforços para encontrar sua base legal.

Sobre a existência de normas implícitas no sistema constitucional Paulo Bonavides (1997, p. 374) faz uma interessante análise que vale transcrever:

“No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto

---

<sup>10</sup> Os subprincípios da proporcionalidade teriam surgido na jurisprudência constitucional germânica pela primeira vez em 1958, no que ficou conhecido como “julgamento das farmácias”. Ao apreciar a validade de lei oriunda da Bavaria, a Corte considerou inválidas a série de restrições para a abertura de farmácias, por restringirem excessivamente a liberdade profissional, não passando pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 468).



constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão características da derradeira fase do Estado de direito.”

Sendo assim, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 114), por entender que a proporcionalidade é um dos aspectos do princípio da razoabilidade possui, portanto, a mesma fundamentação que esta. Logo, seu respaldo legal estaria disposto no artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988), assim como no artigo 5º, II e 84, IV.

Steinmetz (2001, p. 159), entretanto, vai mais além, trazendo uma fundamentação histórico-normativa para a existência da proporcionalidade em nosso ordenamento, apresentando inclusive uma pluralidade de fundamentos normativos. Contudo, ao final ele adere a teoria da fundamentação jusfundamental de Alexy, na qual a proporcionalidade seria uma implicação dos direitos fundamentais.

Ele afirma que há uma implicação lógica e normativa dos princípios, sendo assim, “enquanto mandatos de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, os princípios, principalmente na hipótese de colisão, exigem as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”.

Esse é também o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 43), para assegurar que a proporcionalidade decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais, ele até mesmo afirma que “a despeito da opinião de inúmeros juristas da mais alta capacidade, entendo que a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera”.

Sendo assim, ele explica como ocorre essa correlação entre os princípios, entendidos como mandamentos de otimização, e a proporcionalidade. Isto posto, o autor explana o seguinte:

As possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais.[...] Quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos. A otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA, 2002, p. 44)

Corroborando a mesma ideia está Humberto Ávila (2001, p. 155) nos traz que a “instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidade públicas e normas de competência, como faz a Constituição de 1988, implica o dever de ponderação, cuja medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade”. Nessa linha, o crescimento pelo interesse da proporcionalidade cresceu na mesma extensão que os princípios fundamentais foram firmados na Constituição.

### **3.1.5 O Critério da Adequação**

A doutrina e a jurisprudência alemã, conforme já foi explicitado nos capítulos anteriores, realizaram uma decomposição da regra da proporcionalidade em três elementos estruturais, com o intuito de promover uma análise mais operacional e precisa de uma norma que a princípio possuía uma parcela de indeterminação. Com isso surgiram os três critérios da proporcionalidade que serão estudados a seguir: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.

O primeiro elemento a ser analisado para verificar se uma medida é proporcional ou não é a adequação. A adequação consiste em verificar se a medida adotada pela Administração ou pelo legislador é apta para pelo menos fomentar o resultado pretendido, conforme explica Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 36). Uma medida, poderá ser considerada inadequada somente se a sua adoção não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido, podendo nessa análise surgir vários meios igualmente adequados para a consecução do fim.

Nessa linha, Steinmetz (2001, p. 150) admite que “o juízo de adequação nada diz sobre qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é mais ou menos eficaz. Apenas diz se um determinado meio é ou não idôneo, útil, apto, apropriado”.

Os doutrinadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 472) vão mais além e afirmam que há outra análise implícita no elemento da adequação: a verificação se os fins perseguidos pelo Estado são legítimos, não podendo tal fim contrariar o sistema constitucional.

Assim sendo, o fim também não será adequado quando incidir na teoria do desvio de poder<sup>11</sup>, ou seja, quando o legislador ou administrador se afastar “da sua missão institucional de busca do bem-comum para, de forma escamoteada, perseguir finalidades incompatíveis com os valores fundamentais da ordem jurídica”. Nesse caso, a medida não será adequada por falta de legitimidade de seus fins.

### **3.1.6 O Critério da Necessidade**

O segundo aspecto a ser analisado para determinar se o ato é proporcional é a necessidade. A medida adotada pelo agente público só será considerada necessária se for verificado que não há nenhum outro ato que restrinja em menor medida o direito fundamental atingido e simultaneamente promova na mesma intensidade o objetivo pretendido pelo Estado (SILVA, 2002, p. 38).

Para realizar essa verificação são necessárias duas etapas. A primeira consiste em identificar todas as medidas que atenderiam de forma igual ou superior o mesmo fim. É necessário, contudo, comparar se as demais medidas satisfazem o fim tanto quanto aquela tomada, sob a perspectiva da quantidade, da qualidade, da probalística e da temporal. Sendo assim

Se, por exemplo, tivermos uma medida que promova mais o objetivo perseguido, mas que envolva um risco mais elevado de fracasso, ela não poderá ser considerada igualmente idônea. Neste caso, o juízo político ou técnico do órgão estatal sobre o que priorizar – quantidade ou risco – deve prevalecer, em razão do princípio da separação dos poderes. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 477)

Logo, só passarão para a segunda etapa de análise aquelas medidas que são, sob todos os aspectos, iguais ou superiores idoneamente a adotada. Feito isso, é necessário dentre estes atos verificar qual é o menos gravoso, ou seja, qual afeta de forma menos intensa o direito fundamental. Se houver uma medida menos gravosa que aquela adotada pelo legislador ou administrador, o ato é considerado desproporcional, por violação do juízo de necessidade.

---

<sup>11</sup> Há autores como Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 81) e Maria Sylvia Di Pietro (2012b, p. 222) que afirmam que o desvio de poder estaria relacionado com o não atendimento ao princípio da finalidade e não à regra da proporcionalidade.

Um exemplo interessante de um ato considerado não necessário é o uso de algemas pelas autoridades policiais, que se tornou base, inclusive para a edição da Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal que dispõe o seguinte:

**Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia**, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (grifou-se)

O uso das algemas de forma arbitrária pelas autoridades policiais configura uma afronta ao critério da necessidade, pois não existindo perigo de fuga ou de ofensa à integridade física do acusado ou de outros, não há razão para a colocação de algemas. Dentre os julgados que levaram à edição da súmula, vale registrar o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do *Habeas Corpus* n. 91.952 (BRASIL, 2008):

O julgamento do Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado, indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.

O Ministro verificou que o uso das algemas era uma medida que poderia prejudicar o acusado em sua defesa num tribunal do júri, composto por pessoas leigas, e que ao assistirem o acusado permanecer algemado poderiam fazer um pré-julgamento com base apenas nessa cena. Os direitos fundamentais à presunção de não-culpabilidade e à dignidade humana estariam sendo restringidos de maneira desnecessária, por existir outras medidas para preservar a segurança dos presentes de maneira igualmente idônea que o uso de algemas, mas de forma menos gravosa para o réu.

### **3.1.7 O Critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito**

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é dentre os elementos da proporcionalidade o que mais possui um juízo de subjetividade do jurista, sendo, consequentemente, aquele que mais provoca discussões na doutrina. A proporcionalidade em sentido estrito é descrita por Steinmetz (2001, p. 152) como a

ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação, exigindo que haja uma relação de reciprocidade razoável e racional entre meios e fim.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito demanda que a restrição de um direito ou um bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada de forma igual ou superior pela promoção de outro interesse contraposto. Deve haver uma justificação da intervenção estatal por meio da realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 478) trata-se de uma “análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada [...] realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores”.

Robert Alexy (2014, p. 594) no posfácio de seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, o qual serviu como resposta para as inúmeras críticas as quais recebeu sua tese da otimização, faz uma análise mais clara sobre como seria realizado o exame da proporcionalidade em sentido estrito, sistematizando-o de tal forma, que se aproxima de uma fórmula matemática. Veja-se:

A lei de sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

Nesse sentido, o autor continua, ensinando o primeiro passo, dessa análise. Deve ser construída uma escala com as categorias: “leve”, “moderado” e “sério” para determinar o grau de afetação do princípio cuja violação está sendo examinada, chamado aqui de P1. A segunda etapa também é realizada através dessa escala, mas sua graduação será realizada conforme o grau de satisfação do princípio colidente, ou seja o direito que está sendo promovido pela medida estatal, chamado de P2.

A terceira etapa consiste em estabelecer qual direito terá prevalência. Nessa etapa o princípio afetado, P1, terá procedência, e portanto a medida estatal será considerada inválida em três casos: (a) se P1 tiver uma intensidade séria e P2 tiver uma intensidade leve; (b) se P1 tiver uma intensidade séria e P2 tiver uma intensidade moderada; ou (c) se P1 tiver uma intensidade moderada e P2 tiver uma intensidade leve.

Contrario sensu, o princípio promovido pela medida estatal, P2, terá preferência, e a medida será considerada válida e proporcional, nos seguintes casos: (a) se P2 tiver uma intensidade séria e P1 tiver uma intensidade leve; (b) se P2 tiver uma intensidade séria e P1 tiver uma intensidade moderada; ou (c) se P2 tiver uma intensidade moderada e P1 tiver uma intensidade leve.

Alexy (2014, p. 603) afirma que os três casos em que o princípio afetado, P1, e o princípio promovido, P2, tiverem a mesma intensidade, ou seja, P1 e P2 tiverem ao mesmo tempo intensidade leve, moderada ou séria, ao legislador, e também ao administrador, “é permitido não agir. Mas, ao mesmo tempo, diante dessa constelação, é a ele também permitido agir, e isso significa, em face da mencionada definição de discricionariedade como faculdade, que a ele é conferida uma discricionariedade”.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 472) trazem uma consideração importante em relação a essa fórmula criada por Alexy, na qual expressam sua preocupação nessa sistemática lógica aplicada ao direito:

A ideia de fórmula não pode ser usada para contornar o fato de que a ponderação exigida pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não é uma operação que se esgota na lógica formal. Ela não consiste em atividade mecânica, que possa ser efetuada pela simples aplicação de algum algoritmo matemático, por mais sofisticado que ele seja.

Essa ponderação é muito propícia, pois apesar da importante colaboração de Alexy à hermenêutica jurídica, aproximá-la de um simples processo mecânico tende a acabar com o pensamento jurídico, pois a proporcionalidade em sentido estrito, como dito no início do tópico, também é um juízo de subjetividade e esse não pode ser tirado do legislador ou do administrador, sob pena de torná-los meros executores das normas constitucionais, engessando nosso ordenamento jurídico.

Outrossim, é importante apresentar o pensamento de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34) no qual ele enfatiza ser necessário proceder-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito, somente nos casos de alta complexidade e que demandam um exame mais minucioso. Concluindo-se, *contrario sensu*, que nos casos mais simples o exame da adequação e da necessidade bastam para a verificação da proporcionalidade.

## 3.2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

### 3.2.1 Conceito

Não há na doutrina e na jurisprudência brasileira um consenso quanto a existência de diferença normativa entre a razoabilidade e a proporcionalidade. Dentre os autores que negam essa diferença estão Luís Roberto Barroso (2013), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) e Fábio Palaretti Calcini (2003), que apesar de aceitarem que tais normas possuam origem histórica diversa, afirmam que seu conteúdo é idêntico. Em oposição, entendendo a razoabilidade com conteúdo diverso da proporcionalidade, estão Celso Antônio Bandeira de Mello (2014), Virgílio Afonso da Silva (2002), Wilson Steinmetz (2001) e Humberto Bergmann Ávila (2001).

O STF tende a seguir a primeira linha dos juristas, não admitindo a existência de dois princípios diversos. Conforme elucidam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2014, p. 485):

A jurisprudência do STF vem tratando as expressões “princípio da proporcionalidade” e “princípio da razoabilidade” como sinônimas. A Corte alude em inúmeros julgados ao princípio da “razoabilidade/proporcionalidade”, equiparando-o também ao devido processo legal substantivo. Contudo, em diversos julgados, o STF empregou o princípio da razoabilidade sem realizar qualquer cogitação acerca dos três subprincípios da razoabilidade antes mencionados.

Em relação aos doutrinadores, é válido relacionar aqui os diferentes conceitos do princípio da razoabilidade dentre aqueles que fazem a distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade.

Começaremos por Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 111). O autor afirma que enuncia-se com este princípio que a Administração Pública “ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”.

Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 32), por sua vez, para conceituar a razoabilidade faz um esforço lógico de diferenciá-la da proporcionalidade. Veja-se:

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins" [...] Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins [...]

Steinmetz (2001, p. 191) segue a mesma linha de Virgílio Afonso de Silva, pois constrói o conceito de razoabilidade apoiado na diferenciação com a proporcionalidade, "dizer que uma decisão é razoável significa que, do ponto de vista de seu conteúdo, ela é aceitável, mais precisamente, que ela é substantiva ou materialmente aceitável."

Nesse sentido, o autor continua, "a razoabilidade diz respeito ao conteúdo, e não à forma. Uma segunda conclusão é a de que o não-razoável ou desarrazoado é não-direito, mesmo que as fontes do direito tenham sido utilizadas corretamente, do ponto de vista formal".

Por fim, interessante é o desenvolvimento de Humberto Ávila (2005, p. 103-109) que dividiu a noção de razoabilidade em três acepções: a razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência.

O autor explica que a razoabilidade como equidade impõe a adaptação das regras gerais ao caso concreto, quando este por suas características próprias e peculiares, se afasta de tal modo da regra geral que, se fosse aplicada automaticamente, sua incidência seria injusta. Por essa razão, a razoabilidade como equidade estabelece a necessidade de amoldamento das normas gerais com o intuito de alcançar o ideal de justiça.

Já a razoabilidade como congruência exige uma relação harmônica entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. O legislador e o administrador não podem fundamentar-se em realidade fática inexistente ou insuficiente para a atuação estatal, tão pouco podem afastar-se da natureza das coisas.



Finalmente, Humberto Ávila descreve a razoabilidade como equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nessa linha, o doutrinador exemplifica que uma taxa judiciária de percentual fixo seria irrazoável por não ser proporcional ao valor do serviço. O fundamento da decisão é a proibição do excesso e a desproporção entre o valor cobrado e o serviço prestado.

### 3.2.2 A Razoabilidade no Direito Brasileiro

O princípio da razoabilidade, por não ter sido expressamente disposto na Constituição Federal de 1988 tem sido tema de várias discussões doutrinárias quanto ao seu *status* constitucional. Contudo, o maior problema não é o seu reconhecimento como princípio implícito na Constituição, já que a imensa maioria dos autores a reconhece como tal, mas a dificuldade reside em demonstrar a sua fundamentação jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 112) afirma que o princípio da razoabilidade é decorrente do princípio da legalidade disposto nos artigos 5º, inciso II, 37 e 84 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), assim como no princípio da finalidade, que se baseia nos mesmos artigos associados com o artigo 5º, LXIX.

Wilson Steinmetz (2001, p. 192) e Fábio Pallaretti Calcini (2003, p. 149) afirmam que em razão do princípio da razoabilidade decorrer do princípio do devido processo legal substantivo, a razoabilidade estaria fundamentada pelo artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**. (grifou-se)

Importante ressaltar que apesar de não estar expresso nessa redação, o devido processo legal deverá ser entendido aqui em seu sentido amplo, abarcando o seu caráter formal e material, sendo a sua parte material o próprio princípio da razoabilidade.

É assim que entende também o próprio Supremo Tribunal Federal que, apesar de considerar na maior parte de seus julgados a proporcionalidade e a razoabilidade como sinônimos, considera que o princípio da razoabilidade está disposto no art. 5º, LIV da Constituição Federal, conforme pode se ver no seguinte acórdão da Colenda Corte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO QUE FIXA DATA PARA O PAGAMENTO DOS SERVIDORES DO ESTADO - ATÉ O DÉCIMO DIA ÚTIL DE CADA MÊS -. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, EM FACE DA VIOLAÇÃO AO **PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE CONTIDO NO ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.** (ADI 247, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2002, DJ 26-03-2004 PP-00005 EMENT VOL-02145-01 PP-00029) (grifou-se)

Di Pietro (2012b, p. 207), contudo, é quem faz uma análise mais concreta e trabalhada do fundamento jurídico do princípio da razoabilidade no ordenamento brasileiro. Ela inicia esclarecendo que o princípio é derivado da própria ideia de Estado de Direito Democrático e do princípio da legalidade, considerado seu aspecto formal, lei em sentido estrito, e material, valores e princípios essenciais à justiça e à dignidade humana.

A autora continua, afirmando que “a ausência de previsão expressa da razoabilidade (e da proporcionalidade) na Constituição não retira o seu fundamento constitucional”. Ela ainda faz a correlação entre o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição e a razoabilidade, afirmando, como outros autores, que a razoabilidade estaria na dimensão material do princípio do *substantive due process law*.

No mais, ainda temos na legislação infraconstitucional federal a positivação do princípio na lei que regula o processo administrativo. A Lei 9.784 (BRASIL, 1999) em seu artigo 2º determina que a Administração Pública irá obedecer, dentre outros o princípio da razoabilidade.

Logo, pode-se concluir, sem mais delongas, que com base na análise acima e do que já foi falado sobre a sua evolução histórica no tópico 1.3.2, que o princípio da razoabilidade, por ser derivada do devido processo legal substantivo, já está positivada na Constituição Federal em seu artigo 5º, LIV além de ser mandatória para a Administração Pública por força do artigo 2º da Lei 9.784.

### 1.3.2 Evolução do Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade, por sua vez, tem origem anglo-saxã, tendo vertentes britânicas e norte americanas. Nesses dois sistemas a razoabilidade se relaciona profundamente com o princípio do devido processo legal, definindo-se também como o contrário de irrazoável – aquela medida absurda, que ninguém cogitaria adota-la, aquilo que foge do senso comum (MORAES, 2004, p. 86).

Conforme ensina Maria Sylvia Di Pietro (2012b, p. 201), no Reino Unido, berço da *common law*, o devido processo legal, sob a cláusula de *law of the land*, foi inserida na Magna Carta de João “Sem Terra”, de 1215, em seu artigo 39, o qual dispunha o seguinte:

Nenhum homem será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir **a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra.** (grifou-se)

Essa cláusula tinha como objetivo impedir quaisquer arbítrios da monarquia contra a liberdade e propriedade privada dos cidadãos, se tornando um instrumento de resistência à serviço da sociedade.

Di Pietro prossegue sua narração, afirmando que sob a influência inglesa, diversas colônias britânicas nos Estados Unidos incluíram a mesma disposição em suas próprias declarações de direitos. Posteriormente, na 5ª Emenda à Constituição americana, a fórmula foi finalmente elevada ao nível constitucional, declarando o seguinte:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; **nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal;** nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (grifou-se)

Contudo, o devido processo legal nessa época era somente reconhecido em seu aspecto processual, acolhendo apenas as garantias relacionadas diretamente

ao procedimento, principalmente no processo penal. Mais tarde ampliou-se sua competência, o devido processo legal ganhou nuances materiais, despontando como um modelo no controle dos atos do Poder Público, com a formulação da teoria da *substantive due process*. (CALCINI, 2003, p. 143).

Em meados do século XIX, a reformulação do princípio do processo legal, trouxe aos Tribunais a possibilidade de apreciar as medidas reguladoras do Estado, conforme conta Caio Tácito (apud DI PIETRO, 2012b, p. 202), impondo limites à discricionariedade do legislador e garantindo os direitos individuais.

O devido processo legal substantivo relaciona-se à exigência de razoabilidade das normas e condutas do Estado, protegendo, num primeiro momento, sobretudo os direitos econômicos e patrimoniais<sup>12</sup>. Tal entendimento surgiu no período no qual houve ampla ingerência do Poder Judiciário nas decisões legislativas referentes à fixação de tarifas razoáveis. (DI PIETRO, 2012b, p. 203)

Nessa época, a Suprema Corte tornou-se grande protetora do liberalismo e do absentismo estatal, barrando qualquer ato ou norma que promovesse a interferência do Poder Público na ordem econômica e social, inclusive bloqueando normas que visavam proteger as partes mais vulneráveis da relação econômica. Esse momento ficou conhecido como Era de Lochner, devido ao caso *Lochner v. New York*<sup>13</sup>, em 1905, conforme explicam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento.

Conforme seguem a narração, os doutrinadores lembram que no início da década de 30 houve o advento do *New Deal* do Presidente americano Franklin Roosevelt, que institui fortes medidas intervencionistas para conter a depressão econômica na qual o país se encontrava.

---

<sup>12</sup> No considerado “o mais alto e duradouro fruto da tendência dessa tendência, no campo dos serviços público”, a Suprema Corte norte americana na decisão proferida no caso *Smyth v. Ames*, em 1898, com base no *due process* em seu aspecto substantivo, assumiu a condição de árbitro final dos processos básicos de avaliação do investimento e de estipulação de preços de serviço. Decidiu-se, enfim, que o Poder Público poderia regular os preços de modo a assegurar um valor razoável, sendo este entendido como a justa remuneração às empresas, mas também sua compatibilidade com o valor justo do serviço público. (TÁCITO apud DI PIETRO, 2012b, p. 203)

<sup>13</sup> O caso *Lochner v. New York* invalidou uma lei do Estado de Nova Iorque que estabelecia jornada máxima de dez horas diárias e 60 horas semanais para padeiros, por configurar intromissão do Estado no campo da autonomia contratual, ofendendo a cláusula do devido processo legal substantivo. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 468)

A medida que o Estado Liberal passava ao Estado Social, a Suprema Corte foi forçada a mudar sua orientação. A cláusula do devido processo legal substantivo passou a ser limite somente às medidas absolutamente desarrazoadas, ganhando foco na proteção das liberdades civis não econômicas.

Voltando ao direito inglês, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 30) lembra que a primeira vez que se utilizou o termo irrazoável para definir o princípio da razoabilidade no Reino Unido, foi em 1948, no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*<sup>14</sup>, conforme se percebe do excerto a seguir:

E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste *Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: "se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir". Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis.

Pode-se perceber que o princípio do devido processo legal mudou sua concepção de acordo com a conjuntura política, social e econômica de cada época, tendo sua aplicação moldada de acordo com as novas demandas e necessidades sociais. No entanto, essa flexibilidade também foi combustível para críticas contra o ativismo judicial.

Sem embargo, esta flexibilidade o tornou objeto de intensa crítica, voltada contra o ativismo judicial no controle de constitucionalidade, que, segundo alguns seria **incompatível com a democracia, por permitir que juízes não eleitos substituam as valorações do legislador pelas suas próprias sobre o que é justo, razoável ou racional**. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 468) (grifou-se)

A doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro (2012b, p. 207) ensina que, apesar das críticas, o princípio da razoabilidade se firmou na jurisprudência americana, com o objetivo de zelar pelos direitos individuais contra o arbítrio do poder estatal, considerando inconstitucionais somente as exigências ou discriminações que sejam irrazoáveis, "ou seja, sem qualquer relação com os ideais de justiça emanados pela

---

<sup>14</sup> Essa nova tendência pode se observar em *West Coast Hotel Co v. Parrish*, no qual a Suprema Corte se usa do princípio do processo legal substantivo de modo diverso ao que vinha adotando. Nessa decisão, o Tribunal legitimou a decisão estatal, pois por mais que estivesse caracterizada a restrição da liberdade para contratar, tal restrição se for razoável em relação ao seu conteúdo e se adotada com o intuito de proteger a comunidade contra males que ameaçam a saúde, a segurança, a modalidade e o bem-estar, será considerada processo devido. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 469)

Constituição e sempre renovados pela função criadora dos Tribunais norte-americanos, em face da constante evolução da sociedade em que atua”.

Nessa linha, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 486) relatam que a Suprema Corte adotou dois *standards* para a aplicação do devido processo legal substantivo.

O primeiro, e mais rigoroso deles, o *strict scrutiny*, tem como intuito proteger as liberdades pessoais de natureza não econômica, como por exemplo a liberdade de expressão, de religião e de associação. Para que uma medida que restrinja qualquer uma dessas liberdades seja adotada, é necessário que se demonstre que ela seja absolutamente necessária, e desenhada de forma precisa, para a promoção de um interesse público de excepcional relevância (*compelling interest*).

Nos demais casos, aplica-se o segundo *standard* chamado pelos autores de *rationality test* ou teste de racionalidade. Nele basta que se demonstre que a medida configura um meio racional para a promoção de algum interesse estatal legítimo para que ela seja declarada constitucional.

No Brasil, conforme descreve Di Pietro (2012b, p. 207) o princípio da razoabilidade inicialmente estava previsto no projeto da Constituição de 1988, contudo não foi incluído na versão promulgada, sendo retirado na votação final. Por tal razão, a razoabilidade não está prevista expressamente no texto constitucional, contudo, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que pode-se considera-lo como um princípio implícito, como decorrência da própria ideia de Estado de Direito Democrático e do princípio da legalidade em seu sentido amplo, assim como acontece com a regra da proporcionalidade.

## 4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

### 4.1 FUNDAMENTAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL: O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Em nosso ordenamento optou-se pelo judiciário único, isso significa que a despeito do que ocorre na França, por exemplo, não temos uma corte administrativa para decidir sobre as questões em que envolvam a Administração Pública. O Poder Judiciário, portanto é a única jurisdição competente para o controle sistemático das relações administrativas.

Em decorrência disso, institui-se o princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário que está previsto na Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispondo o seguinte: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma nenhum juiz poderá se escusar, mesmo por falta de previsão legal a proferir uma sentença, se estiver configurada a lesão ou ameaça a direito. Zaiden Geraige Neto (2003, p. 36) afirma que o direito fundamental à Inafastabilidade do Poder Judiciário

Consiste num direito público, subjetivo, genérico, abstrato e incondicionado, dado a todos sem distinção e retaliações de qualquer espécie. De fato, sendo a jurisdição o poder-dever de se aplicar, autoritativamente, o direito à situação intersubjetiva litigiosa, fica claro que esse poder de invocar determinada providência jurisdicional objetiva realizar o direito, prevenindo ou reprimindo lesão ou ameaça de lesão, sendo o *jus actione* o meio para se alcançar tal desiderato.

O direito de ação tem como escopo difundir a ideia de que todos, independentemente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um juiz independente e imparcial, instituído por lei, para defender seus direitos civis, econômicos e sociais.

O juiz, dentro de sua jurisdição, deverá oferecer a todos, sem qualquer distinção, a prestação jurisdicional, mesmo que haja lacuna na lei. Isso quer dizer que o juiz é obrigado a preencher essas lacunas, conforme previsto no artigo 4º da

Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), por meio de analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Nesse sentido, é interessante a análise feita por Alexandre de Moraes sobre o assunto:

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerida pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade de prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Dessa forma, nas causas em que envolvem o Direito Administrativamente não poderia ser diferente, mesmo que se esteja diante de um ato administrativo discricionário, se houver lesão ou ameaça de lesão de direito, individual ou coletivo, o juiz não poderá se escusar de conceder a prestação jurisdicional, sob pena de ferir o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário constitui, portanto, o fundamento constitucional para o controle judicial dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários.

Juarez Freitas (2013, p. 110) muito corretamente assevera que “o Poder Judiciário, na presença de desvios estatais, nunca deve ser evasivo ou escapista. Não se trata de “judicializar a Política”, mas de não trair a juridicidade dos direitos fundamentais de todas as dimensões”.

Contudo, uma grande questão se põe diante dessas assertivas: o Poder Judiciário tem legitimidade para interferir na esfera administrativa atuando dentro da competência para fazer o controle externo da Administração Pública, sem que isso fira o princípio da separação dos poderes?

A ideia essencial da separação dos poderes é evitar uma concentração excessiva de poderes na mão de qualquer autoridade, por isso confere-se a diferentes órgãos e pessoas, funções diversas, evitando, dessa maneira, o risco do despotismo. Nesse sentido, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) previu em seu art. 2º a independência e harmonia entre os poderes, dispondo o seguinte: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.



José Afonso da Silva (2012, p. 109) dispõe que a separação de poderes se baseia em dois elementos: a especialização funcional e a independência orgânica. Isso significa dizer que cada órgão é especializado no exercício de uma função, além de ser efetivamente independente dos outros, não possuindo qualquer meio de subordinação ou hierarquia entre os poderes.

Malgrado as palavras do grande juristas, deve-se lembrar que os poderes foram descritos por nossa Constituição como harmônicos, o que leva a conclusão de que sua independência não é absoluta. A relação entre os poderes é baseada num sistema de pesos e contrapesos, no qual cada poder possui um nível de ingerência sobre o outro, sem, contudo, afetar intimamente suas funções institucionais.

Nessa linha, no constitucionalismo contemporâneo adotou-se uma leitura renovada do princípio da separação de poderes, aberta a arranjos institucionais alternativos para priorizar, além da contenção do poder, a legitimação democrática do governo, a eficiência da ação estatal e a proteção dos direitos fundamentais (PEREIRA NETO; SARMENTO, 2014, p. 306).

O princípio hoje não possui mais aquela rigidez de outrora, o que se vê atualmente é uma colaboração constante entre os Poderes, sempre visando a busca pelo bem comum e promoção dos direitos fundamentais.

O controle judicial dos atos administrativos, portanto, não pode ser visto como uma afronta ao princípio da separação dos poderes, mas, sim, um dos mecanismos de pesos e contrapesos para promover a harmonia entre os poderes e o bem da coletividade e dos direitos fundamentais, evitando arbítrios e desmandos em detrimento dos outros poderes, assim como dos próprios administrados.

#### 4.2 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVO

No decorrer desse estudo, buscou-se desenvolver premissas que possibilitassem o controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade. Este capítulo, por sua vez, procura demonstrar as hipóteses nas quais esse controle poderá ser exercido mediante a análise das normas constitucionais.

O controle jurisdicional se caracteriza como o controle externo posterior repressivo ou corretivo, sendo motivado sempre por provocação, e decidido por juízes imparciais que, via de regra, se limitam aos termos do pedido, tendo no caso em estudo o intuito de invalidar os atos administrativos contrários à lei ou à Constituição. (CUNHA, 2005, p. 43)

É pacífico na doutrina que o vício dos elementos vinculados do ato administrativo, que já foram explicados no tópico 2.1.2, são plenamente sindicáveis. Logo, mesmo que um ato seja considerado discricionário há elementos dele que podem ser controlados pelo judiciário, verificando se as formalidades extrínsecas do ato foram cumpridas, mediante um simples exame de legalidade.

Porém, historicamente, houve uma dificuldade em aceitar a possibilidade de controle de um ato discricionário, por entender-se que invadiria o espaço de competência do administrador para decidir o que é oportuno e conveniente.

Hoje, contudo, há um controle maior sobre esses aspectos, o administrador para agir deve levar em conta um sistema jurídico complexo, com direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e métodos de hermenêutica das normas que deverão ser seguidos. Por isso, atualmente, temos a discussão sobre os parâmetros (critérios) e limites (intensidade) que presidirão esse controle.

Nossa Lei Magna (BRASIL, 1988) determina em seu artigo 5º, inciso XXXV que nem mesmo a lei poderá afastar da apreciação do judiciário ameaça ou lesão à direito, como já foi trabalhado, em contrapartida tem-se do disposto no art. 2º da Constituição que institui três Poderes independentes e harmônicos.

Então faz-se a pergunta: quais os limites do judiciário para interferir sobre os atos administrativos discricionários? A última salvaguarda do cidadão contra o Estado, é o Poder Judiciário. O grande problema é conferir capacidade técnica para o juiz interferir, sem lesar a harmonia e independência dos outros poderes, ou seja, é encontrar a melhor maneira de interferir de modo justo e correto.

Existem algumas teorias para explicitar qual a extensão da intervenção judicial nos atos administrativos discricionários e os possíveis motivos para sua invalidação pelo Judiciário, que serão demonstradas nos tópicos a seguir.

#### 4.2.1 Teoria do Desvio de Poder

O primeiro parâmetro adotado pela jurisprudência para atuar sobre os atos discricionário foi a teoria do desvio de poder, já referenciada no tópico 3.1.4. O desvio do poder se configura quando o administrador age com fim diverso do definido em lei, ou se este não estiver definido, se agir com desígnio incompatível com o ordenamento jurídico e o interesse público. (BINENBOJM, 2008, p. 203)

Conforme definição de Bandeira de Mello (2014, p. 998), o desvio de poder acontece quando:

[...] o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: **o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante**. Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, como objetivo prezável e atingível pelo ato. (grifou-se)

Para um ato não apresentar desvio de poder é necessário que ele respeite o princípio da finalidade, definido por Moreira Neto (2014) como “a orientação obrigatória de toda a atividade administrativa pública ao interesse público, especificamente explícito ou implícito na ordem pública, com vistas ao atendimento pelo Estado”.

É pacífico em nossa doutrina que o ato administrativo eivado com o vício do desvio de poder deverá ser apreciado pelo poder judiciário com a consequente anulação do ato. Nesse sentido, apresenta-se julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. LITISPENDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRECLUSÃO. REDUÇÃO DE VAGAS A SEREM OFERTADAS EM CURSO SUPERIOR. FALTA DE MOTIVAÇÃO. ATO VINCULADO. PREENCHIMENTO LEGAL. DESVIO DE PODER. I - Não coincidindo as mesmas partes e divergindo a causa de pedir, afasta-se a preliminar de litispendência (§§ 1º e 2º do art. 301 do CPC). II - Se decisão anterior, não recorrida, reconheceu a legitimidade passiva da autoridade ora apontada como coatora, rechaça-se a preliminar de ilegitimidade, porquanto matéria preclusa. III - **Filiando-me ao entendimento de que o ato de autorização de curso superior é vinculado e**

**verificando que o Impetrante preencheu todos os requisitos previamente estabelecidos em lei para a concessão do pleito nos moldes originariamente requeridos, reconheço o desvio de poder do ato administrativo que reduziu, sem motivação, o número de vagas a serem ofertadas no curso de Educação Física da IES.** IV - Recurso de apelação não provido. (AMS 0014670-48.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.528 de 21/10/2014) (grifou-se)

No acórdão acima houve a diminuição das vagas em curso superior de Universidade Pública, sem apresentação de qualquer motivação do ato, desta forma por não ter sido explicitados os motivos, logo presumíveis como contrário ao interesse público, reconheceu-se a necessidade de invalidação do ato por desvio de finalidade.

O desvio de poder também foi positivado na Lei 4.717/65 que regula a ação popular. Em seu artigo 2º, ela traz que serão nulos os atos lesivos ao patrimônio, nos casos de desvio de finalidade, e em seu parágrafo único ainda o conceitua: “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Deste modo, não há maiores divergências quanto a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários que forem editados com finalidade diversa ao interesse público ou então, com um interesse estranho ao determinado por lei em sua competência, podendo ser declarados inválidos pelo judiciário, conforme evidencia George Vedel (apud MELLO, 2014, p. 998)

No entanto, mesmo versando sobre a finalidade do ato, o controle judicial sob o fundamento do desvio do poder não agride o mérito do ato, sendo um exame de estrita legalidade, conforme aduz Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 57). O mérito do ato continua sendo, sob essa ótica, insidicável pelo judiciário, não sendo possível agir sobre o juízo subjetivo da conveniência e oportunidade do administrador. O judiciário tão somente pode interferir nos elementos extrínsecos do ato, quais sejam seus pressupostos: o motivo, a motivação, a competência, a finalidade, o objeto, a causa e a formalização.

#### 4.2.2 Teoria dos Motivos Determinantes

Já a teoria dos motivos determinantes estabelece, segundo Marçal Justen Filho (2009, p. 336), que a autoridade administrativa torna-se vinculada à motivação apresentada, presumindo-se assim que aquele foi o único motivo para justificar a decisão tomada.

O administrador tem o dever de indicar os fundamentos de fato e de direito motivação de todos os atos administrativos discricionários ou não, salvo os de mero expediente, os autodecifráveis por sua simplicidade e os casos constitucionalmente escusados. Essa obrigação decorre do chamado princípio da motivação que norteia a Administração Pública, sendo que os atos destituídos de motivação poderão ser anulados, conforme se verá.

Os atos discricionários, em especial, devem ser motivados para evitar eventuais arbitrariedades do Poder Público incompatíveis com o princípio da boa administração. Sendo assim, Juarez Freitas (2013, p. 90) assevera “com efeito, toda discricionariedade precisa estar vinculada aos motivos que obrigatoriamente haverão de ser expostos, de maneira consistente e elucidativa, sempre que afetados direitos subjetivos”.

É válido à título de ilustração, expor acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no qual se faz uma análise da teoria dos motivos determinantes em relação a um ato administrativo que negou benefício previdenciário à pessoa deficiente. Veja-se:

**APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. AMPARO ASSISTENCIAL. PESSOA DEFICIENTE. LEI 8.742/93. ARTIGOS 1º E 9º DO ANEXO DO DECRETO 6.214/07. ARTIGO 20 DA LEI 8.742/93. REQUISITOS PREENCHIDOS. ESTUDO SOCIAL. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. FUNDAMENTO. CONCLUSÃO MÉDICA CONTRÁRIA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. PRESCRIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. [...]**  
3. O benefício de amparo assistencial pretendido pela parte autora foi **indeferido administrativamente em virtude de conclusão médica contrária. Assim, em respeito à teoria dos motivos determinantes, não há que se falar em realização de estudo social, uma vez que a razão que deu ensejo à decisão de indeferimento do pedido baseou-se tão-somente na suposta**

**inexistência de incapacidade.** 4. O benefício assistencial é devido a partir da indevida cessão, do requerimento administrativo, observada a prescrição quinquenal e, na sua ausência, a partir do ajuizamento da ação, vedada a reformatio in pejus e observados os estritos limites objetivos do pedido inicial e recursal. 5. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal. [...] 8. Apelação do INSS não provida. Apelação da parte autora e remessa oficial parcialmente providas. (grifou-se) (DISTRITO FEDERAL, 2014)

No caso em tela, o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) negou benefício previdenciário ao autor em sede administrativa motivando-o com base na inexistência de incapacidade, comprovada por laudo médico. Contudo, em sede judicial como tese de defesa o INSS alegou que o autor não era hipossuficiente e não necessitava do auxílio, requerendo para sua comprovação a realização de um estudo social.

Porém, como muito bem analisou o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, os motivos do ato administrativo são vinculantes. Logo, se a recusa para a concessão do benefício motivou-se somente na inexistência de comprovação da incapacidade, sendo esta demonstrada através de novo exame médico, o benefício foi concedido por força da teoria dos motivos determinantes, sem necessidade de prova da hipossuficiência do autor, pois a razão determinante do ato foi apenas a conclusão médica.

Para a maior parte dos doutrinadores<sup>15</sup>, a nulidade acontece desde o momento em que ocorre a dissonância entre o motivo apresentado pelo agente e o motivo real e íntimo da autoridade administrativa. Deste modo, basta tão somente que eles não sejam correspondente para o Judiciário ter a possibilidade de invalidá-lo.

Nesse caso, mesmo que a lei não obrigue o agente a apresentar nenhum motivo, se ele o enuncia, o ato se torna vinculado à motivação, assim sendo, se tal motivo não é verídico, o ato será nulo. Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. AUTOR OCUPANTE DO CARGO EM COMISSÃO DE DIRETOR ADMINISTRATIVO DA FUNDAÇÃO HOSPITAL MATERNIDADE SANTA THERESINHA. RELAÇÃO DE

---

<sup>15</sup> Entre os doutrinadores que entendem que a nulidade acontece nesses termos estão Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 998), Hely Lopes Meirelles (2013, p. 209) e Maria Sylvia Di Pietro (2012a, p. 218)

PARENTESCO COLATERAL COM O PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO. NEPOTISMO NÃO CONFIGURADO. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E RECONDUÇÃO DO MESMO AO CARGO COM O PAGAMENTO DAS VERBAS EXTIRPADAS INDEVIDAMENTE. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. 1. O cerne da controvérsia reside na configuração ou não de nepotismo, tendo em vista em que o autor, irmão do Procurador Geral do Município de São José do Vale do Rio Preto, foi exonerado do cargo de Diretor Administrativo da Fundação Hospital Maternidade Santa Theresinha, em razão da instauração de processo administrativo nº 003554/09, onde apurou-se a existência de nepotismo. [...] 5. **Hipótese em que não se verifica qualquer relação de parentesco entre o Chefe do Poder Executivo Local (nomeante) e os agentes nomeados (Procurador Geral do Município e Diretor Administrativo da FHMST), assim como não se percebe qualquer relação de nepotismo cruzado.** 6. De fato, **inexiste qualquer relação de parentesco com a edilidade, nomeante do autor e do seu irmão, para exercerem cargo em comissão em pessoas jurídicas, inclusive, distintas, uma vez que o Município é pessoa jurídica de direito público interno e a fundação pessoa jurídica de público e integrante da administração indireta.** 7. A fundação, na qual o autor ocupa cargo de direção, é vinculada à Secretaria Municipal de Saúde, com patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, enquanto o parente colateral do autor ocupa função de representação do Poder Executivo. 8. Autor e seu irmão que atuam em segmentos dentro da Administração completamente distintos e sem qualquer relação de subordinação hierárquica. 9. **Embora o cargo que era ocupado pelo autor seja de livre nomeação e exoneração, os atos administrativos, quando motivados, vinculam-se aos seus motivos determinantes, sendo imprescindível para a validade do ato, a legitimidade do fundamento eleito.** 10. **Diante da ausência de prática de nepotismo, motivo exposto pela Administração para a exoneração do autor, deve o ato administrativo ser anulado e reconduzido o autor ao cargo.** 11. Anulação do ato que importou na exoneração do autor que deve vir acompanhada do pagamento das parcelas remuneratórias em atraso. [...] 15. Recurso parcialmente provido. (grifou-se) (RIO DE JANEIRO, 2013)

O caso em tela, diz respeito a uma ação anulatória movida por servidor ocupante de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, com o intuito de anular sua exoneração com base na teoria dos motivos determinantes. O motivo apresentado pelo Chefe do Executivo no ato de exoneração foi a configuração de nepotismo, em razão de seu irmão ser Procurador Geral do mesmo município.

Contudo, após análise da demanda os desembargadores entenderam que não houve nepotismo no caso, por não haver relação de parentesco entre a pessoa nomeante e nomeada. Sendo assim, mesmo que o ato tenha sido expedido dentro

das atribuições discricionárias do agente, ao motiva-lo com razões falsas, o ato se tornou inválido, por vício de motivação.

Vindo por outra linha, Marçal Justen Filho (2009, p. 337), afirma que tal visão é ultrapassada e não se presta mais ao controle de validade dos atos administrativos. O autor traz a seguinte declaração:

“A afirmação pelo agente de que atuou fundado em determinado motivo não produz efeitos vinculantes para fins de controle. Pode evidenciar-se a existência de motivos ocultos ou disfarçados. Mas não há impedimento a que a Administração Pública evidencie, posteriormente, que o ato se fundou em outros motivos, que justificam adequadamente a decisão adotada. **A equivocada indicação do motivo é uma falha, mas o grave reside na ausência de atuação orientada a satisfazer as necessidades coletivas, com observância de um procedimento democrático.**”  
(grifou-se)

Assim sendo, seria possível que os motivos determinantes, mesmo que diversos do apresentado pela autoridade, sejam perfeitamente válidos, podendo o ato administrativo subsistir integralmente.

Contudo, em ambos os entendimentos, o grande problema prático dessa teoria é identificar o real motivo que levou o agente a praticar determinado ato. Para isso, o Judiciário deverá analisar os pressupostos de fato, bem como as provas de sua ocorrência, e só então verificar se há ou não nulidade decorrente da incompatibilidade entre os motivos apresentados e os motivos reais ou entre os motivos reais e o direito.

#### **4.2.3 Controle Principiológico e os Conceitos Jurídicos Indeterminados**

Tem-se, ainda, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que é ainda motivo de muita polêmica no direito administrativo. Os conceitos jurídicos indeterminados são as noções vagas que a lei apresenta como motivo para a realização de determinado ato, sem definir em que consistem, exemplos disto são a falta grave, o procedimento irregular, valor artístico e cultural, entre outros.

Há diversas correntes para relacionar a discricionariedade com os conceitos jurídicos indeterminados, a primeira delas afirma que o conceito jurídico indeterminado confere discricionariedade à Administração Pública, mas somente



quando se tratar de conceitos de valor que dependem tão somente do juízo de conveniência e oportunidade, com a apreciação do interesse público, não abarcando aqui os conceitos de experiência, nem técnicos.

Di Pietro (2012a, p. 225) em seu manual Direito Administrativo, assevera que o Poder Judiciário não poderia analisar de maneira alguma esses critérios de valor, pois estaria penetrando na seara da discricionariedade administrativa. Sendo assim, se a lei prevê a remoção de um funcionário para atender a necessidade de serviço, o conceito de necessidade aqui não poderia ser analisado pelo judiciário, pois invadiria a seara de apreciação administrativa do que é conveniente e oportuno.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 992), por outro lado encontra um meio termo, afirmando que a imprecisão dos conceitos será sempre relativa, não existindo a indefinição absoluta, por mais vagas e fluidas que sejam as noções, será sempre possível, dentro de um sistema de normas, encontrar referências que permitiram a circunscrição do âmbito de significação das palavras, reduzindo-se a imprecisão ao mínimo. O autor ainda completa asseverando que “a discricionariedade fica, então, acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade legal é ineliminável”.

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que ao proferir acórdão referente à apelação cível n. 0001402-51.2006.8.19.0051, decidiu ser possível extrair a definição do que seria urgente e relevante para o interesse público através da subsunção da norma com o caso concreto. Segue excerto da ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO E VEREADORES. Ação civil pública deflagrada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do então **prefeito e vereadores** do Município de São Fidelis, porque nos anos de 2005 e 2006, **convocou extraordinariamente a Câmara Municipal para apreciar projetos notoriamente desprovidos de urgência, apenas com o fim de propiciar ganhos extras para os vereadores, o que gerou prejuízo ao Erário.** [...] 3- O conjunto probatório sinaliza a ilicitude da conduta imputada aos réus. **A convocação só poderia ocorrer em caso de urgência ou interesse público relevante.** A avaliação da presença desses requisitos não fica relegada à discricionariedade dos agentes políticos com atribuição para provoca-la, já que o §2º daquele dispositivo legal, de núcleo fechado, é expresso que “Somente será considerado motivo de interesse público relevante e urgente a discussão da matéria cujo adiamento torne inútil a deliberação ou importe grave prejuízo à comunidade”. 4- Aliás, sobre a

discricionariedade, verifica-se a **tendência atual de abrandar a tese segundo a qual ao Judiciário só caberia a apreciação da forma e legalidade dos atos administrativos, vedada a apreciação de mérito.** Afirmar que a urgência ou o interesse público relevante são questões que se situam na esfera da subjetividade do agente e que por isto sua apreciação não pode ser submetida ao Poder Judiciário, é se manter inerte ao tempo, vendado os olhos, sem o desejo de uma sociedade melhor, menos corrupta e mais ética. 5- A convocação de sessões extraordinárias, embora legalmente possível, está sujeita a urgência ou ao interesse público relevantes. **Não se trata propriamente de discricionariedade, mas de conceitos jurídicos indeterminados que se colocam frente ao agente público como condicionantes qualificativos à legalidade da convocação.** 6- **Condições incorrentes que justificassem as convocações.** Hipótese de infringência a vários princípios regentes na Administração Pública, tais como economicidade, moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. 7- Patente a má-fé dos réus, que se organizaram para a prática dissimulada de atos de improbidade. 8- A desobediência aos princípios constitucionais que regulam a Administração Pública constitui ato de improbidade. [...] (grifou-se) (RIO DE JANEIRO, 2012)

O acórdão trata de apelação cível interposta por prefeito e vereadores contra sentença que os condenou por ato de improbidade administrativa. A condenação se deveu à inexistência de urgência e relevância que justificasse a convocação de sessão extraordinária da Câmara Municipal, refletindo conduta conflitante com os princípios que regem a boa Administração Pública e que causaram lesão ao erário.

O relator em seu voto, faz uma análise sobre a urgência e o relevante interesse público afirmando que tais noções são consideradas pela doutrina e pela jurisprudência como conceitos jurídicos indeterminados. Tais conceitos, contudo, não são discricionário, mas devendo passar pelo crivo da proporcionalidade e da razoabilidade.

No caso concreto, a despeito da suposta urgência, as sessões extraordinárias se conduziram tão somente para deliberar sobre mensagens que diziam respeito, dentre outras coisas, a criação de cargo de subsecretário, a estrutura de órgãos municipais e a desafetação e doação de uma área, além de sessões que serviram com o único e exclusivo propósito de remeter as mensagens para comissões.

É irrazoável aceitar que tais assuntos sejam classificadas como urgentes. Apesar do conceito amplo e vago do que é urgente, não é aceitável crer que as matérias discutidas durante essas sessões extraordinárias fossem verdadeiramente urgentes.

Portanto, por mais invasivo que possa parecer o judiciário interferir na esfera administrativa para decidir o que é urgente para justificar a convocação de sessão extraordinária na Câmara de Vereadores, manter-se inerte diante de uma arbitrariedade como a verificada acima, é ferir diversos princípios norteadores da nossa Constituição, é, como bem disse o relator em seu voto, “se manter inerte ao tempo, vendado os olhos, sem o desejo de uma sociedade melhor , menos corrupta e mais ética”.

Diante de um conceito jurídico indeterminado, o administrador deverá ir além da simples vinculação à regra, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação, fazendo uma valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes no caso concreto, de modo a definir o sentido e o alcance da norma, sob pena de ter seus atos revisados pelo judiciário.

Questiona-se, ainda, na doutrina, se seria possível um controle judicial dos atos administrativos, aparentemente legais, ou seja, que passaram pelo crivo dos requisitos extrínsecos do ato, mas que sejam flagrantemente irrazoáveis ou desproporcionais no que tange ao seu mérito.

Nesse sentido, há parte da doutrina que admite o controle principiológico dos atos administrativos através da razoabilidade e proporcionalidade. Para tal corrente, o ato administrativo pode lesar tanto a lei, quanto a Constituição. O controle externo do ato é historicamente legalista, podendo o judiciário tão somente verificar se o que estava descrito na lei foi cumprido.

Contudo, o problema dessa concepção é que vivemos sob a égide de um sistema jurídico completo, se é cediço que o particular precisa seguir todas as previsões do ordenamento jurídico, inclusive o disposto na Constituição, nada mais justo e coerente que a Administração Pública também oriente suas atitudes conforme a Constituição, pois há ocasiões nas quais o ato administrativo está conforme a lei e a lei está conforme a Constituição, mas o ato administrativo é inconstitucional, pois não atende às normas da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Como já foi demonstrado, o princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade estão inseridas no nosso ordenamento jurídico, sendo consideradas normas implícitas na Constituição Federal. Nessa linha, por

decorrência lógica, um ato administrativo irrazoável ou desproporcional estará eivado de ilegalidade no sentido amplo, devendo ser invalidado pelo judiciário.

Não há também uma invasão da discricionariedade ou mérito administrativo, pois esses conceitos, dizem respeito tão somente à margem de liberdade do administrador concedida por lei, uma medida desproporcional ou irrazoável está em desconformidade com a Constituição, logo não estará dentro dos limites para atuar da administração.

Entende-se que só há discricionariedade dentro da lei, em sentido amplo, ou seja, levando-se em consideração o sistema jurídico como um todo. Sendo assim, se for adotada medida estranha a qualquer norma dentro do ordenamento jurídico, incluindo-se aqui a proporcionalidade e a razoabilidade, a medida é ilegal, transbordando os limites estabelecidos em lei.

Verifica-se, portanto, que o que ocorreu com a evolução histórica da Administração Pública que culminou no Estado de Direito Democrático foi um estreitamento da discricionariedade administrativa, diminuindo-se sua margem de liberdade para o administrador decidir o que é conveniente e oportuno. De todo modo, não se verifica a ingerência no mérito do ato, pois o que está sendo controlado através do controle judicial é tão somente seu aspecto legal.

A Administração, como já foi trabalhado, possui a obrigação de atuar visando o interesse público, adotando a melhor solução possível para o seu atendimento conforme o permitido no caso concreto. Juarez Freitas (2013, p. 107) lembra que “o administrador tem o compromisso de agir bem, de forma que a tomada da decisão administrativa deve ser justificável e mensuravelmente avaliada, segundo as políticas de Estado mais do que de governo”.

Nesse sentido, os juízes precisam parar de se preocupar em estatísticas e começar a analisar seus processos com mais apreço. Uma decisão sob a égide da Constituição de 1988 não pode fazer um juízo superficial e declarar a improcedência da ação, sem ao menos examina-la profundamente, alegando que não está em suas atribuições a análise de ato administrativo discricionário.

O juiz ao se deparar com um ato administrativo discricionário deverá fazer uma ponderação ainda mais cuidadosa, pois não estará somente analisando a letra

da lei, mas se fará um julgamento fundamentado em toda a estrutura normativa vigente no Brasil, incluindo-se os princípios e regras implícitas na Constituição.

Dessa forma, o juiz primeiramente deverá delimitar qual a verdadeira margem de liberdade para atuação da Administração, ou seja, qual o nível de discricionariedade que a lei conferiu ao administrador. Para isso, o intérprete deverá fazer um juízo de subsunção da lei com o caso concreto, verificando quais os limites dessa discricionariedade. Veja-se lição de Bandeira de Mello (apud DI PIETRO, 2012b, p. 225) sobre o assunto:

O campo de liberdade discricionária abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, específica, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento, seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal.

Esse estudo propõe, que o intérprete, nesta análise para estabelecer os limites da discricionariedade, faça a interpretação da norma sob a ótica do princípio da razoabilidade e da regra da proporcionalidade, de forma a impedir que a discricionariedade se transforme em arbitrariedade.

Sendo assim, é interessante continuar com um exemplo concreto. Toma-se, portanto, como modelo de análise a apelação cível nº 0001291-10.2013.4.01.3300/BA, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que possui a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUITAÇÃO ELEITORAL NO ATO DE MATRÍCULA. INDEFERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. MATÉRIA QUE EXTRAPOLA O SIMPLES MÉRITO ADMINISTRATIVO. FÁCIL CONSTATAÇÃO DA QUITAÇÃO ELEITORAL VIA INTERNET.

I – Muito embora as exigências para a efetivação da matrícula se insiram no campo constitucional da autonomia universitária, devem elas observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, corolários da legalidade, a qual devem submissão, daí porque cabível a intervenção do Poder Judiciário, dessarte, ultrapassado, no caso, o campo da mera discricionariedade administrativa.

II – Nesse contexto, se posta desproporcional a consequência de veras gravosa do indeferimento da matrícula da Impetrante ante a ausência de comprovação da quitação eleitoral no ato da matrícula, cerceado o seu direito à educação, alcançado pelo mérito (exame vestibular), mormente quando simples consulta ao site do Tribunal

Regional Eleitoral, que poderia ser realizada pela própria administração, sem prejuízo, comprovaria a quitação eleitoral. Precedente.

III – Remessa oficial e recurso de apelação não providos (DISTRITO FEDERAL, 2014)

A apelação cível foi interposta contra sentença que concedeu segurança no sentido de homologar a matrícula da recorrida no curso superior de Secretariado Executivo na Universidade Federal da Bahia, ora recorrente, apesar da não apresentação de comprovante de quitação eleitoral em momento oportuno.

Nesse caso, estava expresso no edital de ingresso no curso superior a necessidade de apresentação de certidão de quitação eleitoral no momento da efetivação da matrícula. Contudo, a estudante, que foi devidamente aprovada no exame vestibular, não apresentou tal documentação no prazo estabelecido. A Universidade, por sua vez, indeferiu o seu pedido de matrícula por falta de documentação obrigatória.

Por esta razão a estudante impetrou, com razão, mandado de segurança contra o ato administrativo que negou a homologação da matrícula baseado no princípio da razoabilidade, que foi prontamente reconhecida pelo juízo de 1º grau, assim como pelo Tribunal Regional Federal.

O ato é de fato irrazoável. Após um longo período de estudos e dedicação, que se converteu na sua aprovação no exame vestibular, a estudante viu seu direito à educação, o qual foi conquistado com base em seu merecimento, negado por mera formalidade burocrática que é a entrega do documento de comprovação de quitação eleitoral fora do prazo previsto em edital.

Interessante observar a ressalva do desembargador que sugeriu, inclusive, que a certidão de quitação eleitoral aludida, poderia ser facilmente suprida pela própria Universidade através do acesso ao sítio do Tribunal Superior, no link quitação eleitoral.

O direito à educação aqui supera em nível de importância o princípio do formalismo que rege o direito administrativo. Não se pode, portanto, admitir seja sacrificado um direito constitucionalmente assegurado, como o é o direito à educação, para satisfazer uma disposição normativa meramente formal, de menor densidade no caso concreto, que nem ao menos causou lesão ao interesse público. Conclui-se, portanto, ser irrazoável a decisão da Universidade de indeferir a

matrícula com fundamento somente na falta de um documento público, como o é a certidão de quitação eleitoral.

Em relação ao controle do ato administrativo mediante a regra da proporcionalidade, também se propõe a análise de uma situação real. O acórdão para análise foi proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na apelação cível nº 0012314-67.2010.8.26.0053 apresentando a seguinte ementa:

APELAÇÕES AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO  
Cominação de pena de multa e de suspensão do direito de contratar com a Administração pela recusa em assinar termo de contrato para prestação de serviço depois vencedora no certame. As penas devem atender à legalidade, bem como ao princípio da proporcionalidade em suas três subdivisões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Ausência de previsão no instrumento convocatório quanto à aplicação da pena da multa. Impossibilidade. Pena de suspensão imposta de forma adequada e a necessária. Manutenção da r. sentença. Parcial procedência da ação apenas para afastar a pena de multa. APELAÇÃO DA AUTORA Pretende a anulação da sentença ou alternativamente a declaração de nulidade do procedimento ou ainda o afastamento das penas. APELAÇÃO DA FAZENDA Pretende reforma a total improcedência da ação para que seja aplicada a pena de multa. RECURSOS NÃO PROVIDOS. (SÃO PAULO, 2013)

Como já se aúfere da ementa, a empresa parte ganhou certame licitatório para fornecimento de alimentação aos detentos do presídio do Estado de São Paulo. Contudo, um dia antes do início das prestação do serviço, a empresa ganhadora informou a impossibilidade de cumprimento do contrato. Em razão desse descumprimento, a Administração Pública expediu ato sancionatório, aplicando multa pela inexecução do contrato, assim como penalidade de suspensão temporária do direito de licitar.

Insatisfeita com as penalidades impostas, a empresa entrou com ação anulatória de ato administrativo com o intuito de invalidar a aplicação das sanções alegando estarem em desacordo com as normas da proporcionalidade e da razoabilidade. O acórdão, mantendo a sentença, muito acertadamente, decidiu pela manutenção da pena de suspensão e invalidação da multa.

A multa foi invalidada por simples ilegalidade em sentido estrito, pois o edital não previa a aplicação de multa no caso de descumprimento, requisito obrigatório por força do disposto no artigo 87 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) que dispõe o seguinte:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

**II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.**

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; (grifou-se)

Logo, se não havia previsão legal para a aplicação da multa de forma discricionária pela Administração, o ato deve ser invalidado no que dispõe sobre a multa à empresa.

Contudo, a suspensão temporária de participação em licitação é uma penalidade que poderá ser aplicada de forma discricionária pela Administração Pública, desde que se respeite o princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade.

Veja-se que a atitude da empresa de se negar a prestar os serviços pelos quais se candidatou e, posteriormente, se comprometeu a realizar, inclusive assinando contrato com a Administração, é uma conduta inadequada e condenável, que fere o princípio da boa-fé, norteador dos contratos.

Além disso o direito à subsistência e dignidade do preso foi afetado, pois o tempo entre a declaração de inexecução do contrato e a data para o início da prestação dos serviços foi exíguo, tornando inviável que a Administração pudesse tomar qualquer tipo de providência para evitar eventuais prejuízos ao objeto do contrato. Logo, é fácil de presumir que a sanção aplicada pela Administração está de acordo com o princípio da razoabilidade, não sendo absurda, e respeitando-se a equidade e justiça.

Superada a razoabilidade, parte-se, então, para o exame da proporcionalidade do ato administrativo. Relembrando, há três critérios que devem ser analisados para verificar se um ato é proporcional: a) a adequação, na qual se verifica se o meio empregado irá fomentar o fim pretendido; b) a necessidade, que estabelece que o destinatário da medida tem o direito ao menor prejuízo possível; e, c) a proporcionalidade em sentido estrito, quando se verifica se as consequências sociais da medida são benéficas ou efetivas. Se não forem preenchidos esses critérios, a medida não é proporcional. (MORAES, 2004, p. 85).



Nesse sentido, vale-se transcrever parte do voto do relator do acórdão para registrar a análise dos critérios da adequação e da necessidade:

[...] por seu cunho sancionatório e tal pena mostra-se adequada (apta para resultado pretendido), bem como mostra-se vez que nenhuma outra limitação de menor ao direito da parte poderia ser promovida e inibitório, alcançar o necessária, intensidade fosse capaz de atingir o mesmo objetivo.

Em uma análise simples, mas pontual, o relator fez a correlação do caso concreto com os dois primeiros critérios da proporcionalidade, decidindo que a pena se mostra adequada e necessária para alcançar o objetivo de inibir outras atitudes como a realizada pela empresa.

Apoiando-se nos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34), o magistrado deixou de analisar o critério da proporcionalidade em sentido estrito, em razão da baixa complexidade do caso.

Contudo, mesmo que se procedesse a análise da proporcionalidade em sentido estrito, a sanção administrativa passaria por seu crivo. Veja-se: de um lado o bem jurídico a ser resguardado pelo ato é o interesse público, visto que a atitude que está se tentando inibir é o inadimplemento dos contratos públicos. Entende-se que a promoção desse direito, com base no caso concreto, é de intensidade séria.

Do outro lado, como o direito restringido pelo ato, apresenta-se o direito da empresa de participar de outros processos licitatórios. Lembrando-se que ela violou o princípio da boa-fé dos contratos, ao negar seu cumprimento, entende-se que o direito restringido tem intensidade leve.

Sendo assim, conforme os ensinamento de Alexy (2014), a medida cumpriu o requisito da proporcionalidade em sentido estrito por promover em maior nível um direito fundamental na medida em que não restringe de forma tão intensa outro.

Logo, a decisão do magistrado foi muito acertada ao reconhecer a proporcionalidade da sanção e manter a sentença, de forma a condenar a empresa à pena de suspensão temporário de seu direito a licitar.

Após toda essa análise, conclui-se que o arbítrio da Administração Pública, seja ela por ação ou omissão, não pode mais existir em pleno século XXI, principalmente como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais, se

travestindo sobre o manto da discricionariedade e sua consequente insindicabilidade.

Portanto, o administrador diante de uma possível discricionariedade deixada pela lei, deverá de acordo com as situações de fato e de direito apresentadas proceder a um exame de todo o ordenamento jurídico tomando como auxílio o princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade para delimitar exatamente os limites dessa discricionariedade.

Se o administrador, contudo, falhar nessa interpretação, nada mais adequado que o administrado que teve seu direito prejudicado ou então o Ministério Público no caso dos direitos difusos se socorrer ao judiciário para buscar a correção desse arbítrio estatal. O judiciário por sua vez, deverá de modo analítico e atento analisar o caso concreto, não podendo se esquivar de seu dever de prestação jurisdicional por estar diante de um ato discricionário, sob pena de ferir o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle judicial dos atos administrativos já foi tema de muita discussão na doutrina e na jurisprudência de praticamente todos os sistemas jurídicos ocidentais. Em especial, no Brasil, esse tema vem ganhando força desde a promulgação da Constituição de 1988 que deixou para trás o viés autoritário e ditatorial do antigo regime.

A Constituição foi redigida com o intuito de promover os direitos fundamentais dando embasamento normativo e instrumentos processuais para que todos os cidadãos possam buscar a satisfação de seus direitos fundamentais. Dessa forma, as ações judiciais cresceram de forma exponencial, e os litígios contra a Administração Pública seguiram a mesma linha.

Contudo, nem sempre foi assim. Antes da Revolução Francesa, o Estado, representado pelo Rei, tinha o poder de cometer arbitrariedades, sem qualquer punição. Foi a partir de 1789, principalmente através do direito natural e a sua positivação na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Estado começou a ser visto como um instrumento a serviço do cidadão, restringindo suas atribuições para tão somente a manutenção da paz e a segurança.

Essa foi a época conhecida como o Estado Liberal, que priorizava a propriedade privada e impedia a intervenção estatal na economia, sendo todas as ações do Estado contrárias a esses ideais podadas pelo Judiciário. No aspecto social, contudo, a inércia do Estado e o surgimento de grandes monopólios, fizeram com que as desigualdades crescessem exponencialmente, fazendo surgir uma nova classe, o proletariado, que começou a lutar para diminuir essas diferenças.

O Estado, atento a essas mudanças socioeconômicas, alterou sua forma de atuação, passando a interferir na esfera econômica, através de subsídios e leis reguladoras, além de promover políticas sociais com o intuito de diminuir as desigualdades.

Surge o Estado Social, que dentre outras coisas, estimulou o aumento da máquina estatal, conferindo poderes, inclusive o normativo, quase ilimitados ao Poder Executivo. O Direito Administrativo ganhou mais espaço, criando princípios e institutos que sobrepuseram aos direitos individuais, como a criação de prerrogativas

da Administração Pública. A legalidade, contudo, perdeu seu espaço de atuação, e consequentemente o judiciário não possuía mais justificativas para conter o poder estatal. Com isso, o Estado Social deu margem a diversas arbitrariedades, como o nazismo e o fascismo.

No pós guerra, os governantes e juristas de todo o mundo começaram a se preocupar em estabelecer diretrizes de comportamento que estariam acima de qualquer legislação nacional, voltou-se à ideia do jusnaturalismo, estabelecendo-se direitos universais, assim como o princípio da legalidade material. Também sentiu-se a necessidade da diminuição da máquina estatal, com a criação de um “Estado de bom tamanho”.

Tudo isso culminou ao atual Estado Democrático de Direito. Reduziu-se o poder discricionário da Administração, o Legislativo retomou o seu protagonismo e o Judiciário passou a atuar como defensor dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Passando-se para análise do ato administrativo, trabalhou-se todas os elementos extrínsecos do ato, passando por sua forma, conteúdo, motivo, motivação, sujeito, finalidade, objeto, causa e formalização. Todos eles podem ensejar o controle judicial do ato administrativo pelo judiciário, se estiverem eivados de qualquer vício.

Porém o ato administrativo possui, intrinsecamente, um grau de discricionariedade, ou seja, a lei dá uma margem de liberdade ao administrador para atuar conforme a conveniência e oportunidade. Essa discricionariedade é justificada pela necessidade de uma atuação rápida da autoridade em algumas situações, não podendo ficar a mercê do lento processo legislativo. Além disso, é impraticável para o legislador prever cada situação que pode acontecer no mundo real, logo, ele deixa para o administrador esse espaço para fazer as adaptações necessárias conforme o caso concreto.

Esse é o chamado mérito administrativo, insidiável pelo judiciário, por se tratar de competência específica e exclusiva do administrador. Contudo, deve-se estabelecer exatamente qual é essa margem de discricionariedade, pois ela precisa ser balizada, não somente pela lei que autorizou a edição do ato, mas por todo o sistema jurídico vigente.

Entre as normas que estabelecem os limites dessa discricionariedade, estão o princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade. A razoabilidade é guiada pelos ideais de justiça, equidade e coerência, um ato irrazoável, nessa linha jamais poderá ser considerado válido. A proporcionalidade, por sua vez, é formada por três subregras: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Passando pelos três critérios, a medida é proporcional.

O controle judicial dos atos administrativos é fundamentada pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, que estabelece que nem mesmo a lei afastará de sua apreciação ameaça ou lesão a direito. Dessa forma, o ato administrativo poderá ser analisado e controlado pelo judiciário nos casos em que afetar direito individual ou coletivo.

Porém, esse controle possui algumas limitações, como o mérito administrativo, que permanece insidiável pela Justiça, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência se dispõem a fazer a correta limitação dessa discricionariedade, criando teorias que mostraram os avanços na busca pela justiça e promoção dos direitos fundamentais.

A primeira delas é a teoria do desvio de poder, que se configura quando o administrador age com fim diverso do definido em lei, ou se este não estiver definido, se agir com desígnio incompatível com o ordenamento jurídico e o interesse público. Nesse caso, o ato será declarado inválido pelo juiz.

A segunda teoria é a dos motivos determinantes, que estabelece que a autoridade administrativa torna-se vinculada à motivação apresentada, presumindo-se assim que aquele foi o único motivo para justificar a decisão tomada. Existindo motivo diverso, o ato é nulo.

Existe ainda o controle judicial através do princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade. Nesse caso, diante de uma situação em que envolvam conceitos jurídicos indeterminados ou suposta margem de liberdade para o administrador atuar, primeiramente a autoridade deve fazer uma análise das normas acima expostas, além de se guiar por todos os princípios norteadores da Constituição Federal, antes de tomar qualquer posição, sob pena de ver o ato expedido sendo anulado pelo judiciário.

Não se pode mais admitir que o administrador no Estado Democrático de Direito tenha poder ilimitado e não se oriente de acordo com as normas constitucionais. Por isso, criou-se um complexo sistema de controle de seus atos sejam revisados pelo Poder Judiciário, evitando, dessa forma, qualquer resquícios de arbitrariedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 699 p. Tradução de: *Theorie der Grundrechte*.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O Tombamento como Instrumento de Proteção ao Patrimônio Cultural. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 98, p. 65-98, jul a dez 2008. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/098065098.pdf>> Acesso em: 4 nov 2014.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação: noções práticas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 663 p.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogos Jurídicos, Salvador, ano 1, vol. 1, n. 4, jul 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf)> Acesso em: 10 nov 2014

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo constitucionalismo brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. 522 p.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 341 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. **Decreto-lei nº 25**, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm)> Acesso em: 4 nov 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 30 set 2014

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 4 nov 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)> Acesso em 6 nov 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.989**, de 24 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8989.htm#art9](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8989.htm#art9)> Acesso em: 4 nov 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)> Acesso em: 4 nov 2014.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 30.110/CE**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em 05 abr 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num\\_registro=200901481467&dt\\_publicacao=05/04/2010](http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200901481467&dt_publicacao=05/04/2010)> Acesso em: 3 nov 2014.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp nº 1.415.416/SP**. Direito administrativo. Processual civil. Desapropriação por utilidade pública. Implantação. Distrito industrial. Anulação. Agravante: Município De São Domingos. Agravado: Madeireira Bigolin Ltda. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 10 dez 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32392557&num\\_registro=201303103711&data=20131204&tipo=91&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32392557&num_registro=201303103711&data=20131204&tipo=91&formato=HTML)>

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **ADIn 855 MC/PR**. Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. Requerente: Confederação Nacional Do Comercio – CNC. Requerido: Governador Do Estado Do Paraná. Requerido: Assembleia Legislativa Do Estado Do Paraná. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 01 jul 1993. Disponível em:



<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=855&classe=ADI-MC>> Acesso em 4 nov 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 91.952-9/SP**. Algemas. Utilização. Julgamento. Acusado algemado. Tribunal do Júri. Paciente: Antonio Sérgio Da Silva. Impetrante(s) : Katia Zacharias Sebastião e outro(a/s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator : Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>> Acesso em: 3 nov 2014.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 11**. Uso de Algemas - Restrições - Responsabilidades do Agente e do Estado – Nulidades. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> Acesso em: 4 nov 2014.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **O princípio da razoabilidade**: um limite à discricionariedade administrativa. Campinas: Millennium Editora, 2003. 182 p.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. 217 p.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A jurisdição da discricionariedade administrativa**. Salvador: Editora Vercia, 2005. 271 p.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 25. ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2012a. 932 p.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012b. 275 p.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev. mar. abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>> . Acesso em: 6 nov 2014.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0000130-61.2011.4.01.4002**. Apelação Cível. Previdenciário. Amparo Assistencial. Pessoa Deficiente. Relator Desembargadora Federal Ângela Catão. Julgamento em: 23 jul 2014. Disponível em: <[http://arquivo.trf1.gov.br/AGText/2011/0000100/00001306120114014002\\_2.doc](http://arquivo.trf1.gov.br/AGText/2011/0000100/00001306120114014002_2.doc)> Acesso em: 4 nov 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0001291-10.2013.4.01.3300**. Administrativo. Ensino superior. Ausência de comprovação da quitação eleitoral no ato de matrícula. Indeferimento. Impossibilidade. Desproporcionalidade. Matéria que extrapola o simples mérito administrativo. Fácil constatação da quitação eleitoral via internet. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Julgamento em 12

mai 2014. Disponível em:  
<<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=12911020134013300&pA=&pN=12911020134013300>>. Acesso em: 4 nov 2014.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. 957 p.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 1789  
Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>> Acesso em: 29 set.2014.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 533 p.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 135 p.

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004. 206 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 427 p.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental**: O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 151 p.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo (1698)**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 639 p.

LONG, M.;WEIL, P.; BRAINAMT, G. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 1965. In: MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009. 271 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 110 p.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. 390 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. 239 p.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. 462 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PASSOS, Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 168 p.

PHILIPPE, Xavier. **Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : L'exemple du contentieux constitutionnel**. Marseille: Aix-Marseille, 2007. Disponível em: < <http://studiiuridice.md/wp-content/uploads/2012/05/SJU-nr-1-2-2011-p20-40.pdf>> Acesso em: 07 nov 2014

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação cível n. 0001402-51.2006.8.19.0051**. Ação civil pública. Atos de improbidade administrativa. Prefeito e vereadores. Apelante 1 : Ministério Público. Apelante 2: Carlos Rogério Vieira da Silveira e outros - (Recurso Adesivo). Apelados 1: os mesmos. Apelado 2: David Loureiro Coelho. Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. Julgamento 21 ago 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00035957747737748297910F7702E4908D665BC4032F1A36>> Acesso em: 4 nov 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação cível n. 0000767-53.2010.8.19.0076**. Apelação cível. Ação anulatória cumulada com indenizatória. Apelante: Alessandro Domingos Branco da Cunha. Apelado 1:

Município de São José do Vale do Rio Preto. Apelado 2: Fundação Hospital Maternidade Santa Theresinha. Relatora: Des. Mônica Maria Costa. Julgamento 04 jun 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000458F66165FA5002AAF171FA3A1CE728E8C5022B334A54>> Acesso em: 10 nov 2014

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 0012314-67.2010.8.26.0053**. Apelações. Ação anulatória de ato administrativo. Apelante/Apelado reciprocamente: Calome Ltda. Epp e Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: José Luiz Germano. Julgamento em: 30 jul 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6887446&cdForo=0&vICaptcha=aaffx>>. Acesso em 10 nov 2014.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. 223 p.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001. 158 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 928 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69\\_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf)> Acesso em: 10 nov 2014.

SLERCA, Eduardo. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. 153 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 624 p.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 223 p.